

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.**

VS.

**AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
114537**

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

El Tribunal de Arbitraje integrado para dirimir las controversias suscitadas entre la SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL OPAIN S.A., como Parte Convocante, y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, como Parte Convocada y demandante en Reconvencción, por decisión de la mayoría profiere el presente Laudo arbitral en Derecho, después de verificar que se cumplieron en debida forma todas las etapas que la normatividad vigente (Ley 1563 de 2012 y demás normas complementarias) prevé y ordena para el desarrollo de los procesos arbitrales, con lo cual le pone fin al conflicto jurídico que las Partes sometieron a su conocimiento.

**CAPÍTULO PRIMERO
ANTECEDENTES DEL LITIGIO Y TRÁMITE DEL PROCESO**

1.- IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES DEL PROCESO

1.1.- LA PARTE CONVOCANTE.

La SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A. OPAIN S.A., sociedad legalmente constituida, en principio, por escritura pública No. 2335 de la Notaría 25 de Bogotá de fecha 1 de septiembre de 2006 inscrita en el registro mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá, bajo el N° 01633083, identificada con el Nit 900.105.860-4, con domicilio en la ciudad de Bogotá y representada legalmente, por su Gerente General, señor Andrés Ortega Rezk.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

1.2.- LA PARTE CONVOCADA.

La AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, Agencia Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., de acuerdo con el Decreto 4165 de 2011 y cuyo representante legal es su actual Presidente, señor Manuel Felipe Gutiérrez.

2.- EL PACTO ARBITRAL.

En la cláusula 66 del Contrato 6000169OK de “CONCESIÓN PARA LA ADMINISTRACIÓN, OPERACIÓN, EXPLOTACIÓN COMERCIAL, MANTENIMIENTO Y MODERNIZACIÓN Y EXPANSIÓN DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL EL DORADO DE LA CIUDAD DE BOGOTÁ D.C.” del 12 de septiembre de 2006, obra la cláusula compromisoria, que a la letra expresa:

“TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

“Cualquier divergencia que surja entre las partes con ocasión de la celebración, ejecución o liquidación de este Contrato, cuya resolución no sea competencia del Amigable Componedor de acuerdo con lo señalado en este Contrato será dirimida por un Tribunal de Arbitramento de conformidad con las reglas que adelante se establecen.

*“El **Tribunal de Arbitramento** funcionará de acuerdo con las siguientes reglas:*

- a) El arbitraje será institucional. Las partes acuerdan designar para el efecto al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.*
- b) El tribunal estará compuesto por tres (3) árbitros, escogidos de común acuerdo por las partes. En caso de desacuerdo serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.*
- c) Los árbitros decidirán en derecho.*
- d) El tribunal se regirá por lo previsto en esta cláusula y por las disposiciones del Decreto 2279 de 1.989, Ley 23 de 1.991, el Decreto 2651 de 1991, la Ley 446 de 1998, el Decreto 1818 de 1998, y por las demás normas que los adicionen, modifiquen o reemplacen.*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

- e) *La aplicación y los efectos de las cláusulas de caducidad, terminación unilateral, interpretación unilateral y modificación unilateral no podrán ser sometidas a arbitramento.*
- f) *Los gastos que ocasione la intervención del Tribunal de Arbitramento serán cubiertos de conformidad con las normas aplicables.”*

3.- SÍNTESIS DE LAS ACTUACIONES SURTIDAS EN LA ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO.

Las actuaciones adelantadas en el presente proceso arbitral fueron, en síntesis, las siguientes:

3.1. La demanda arbitral: El 21 de marzo de 2019, la **SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL OPAIN S.A.**, presentó a través de apoderado judicial, demanda arbitral para resolver las diferencias surgidas con la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**.

3.2 Árbitros: Fueron designados de común acuerdo por las partes, el día 15 de agosto de 2019, los doctores **WILLIAM BARRERA MUÑOZ, JOSÉ VICENTE GUZMÁN** e **ILEANA MARLITT MELO SALCEDO**.

3.3. Instalación y admisión de la demanda: Previas las citaciones surtidas de conformidad con lo establecido en la ley, el Tribunal de Arbitraje se instaló el 23 de septiembre del 2019, en sesión realizada en las oficinas de la sede del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá en donde fijó su sede (Acta No 1), designó presidente al doctor **WILLIAM BARRERA MUÑOZ**, se inadmitió la demanda y designó como Secretario al doctor **CARLOS MAYORCA ESCOBAR**, quien fue informado de tal designación y oportunamente la aceptó. Posteriormente la parte Convocante mediante escrito de fecha 25 de septiembre de 2019 subsanó la demanda, el Tribunal mediante auto de fecha 1 de octubre de 2019 (Acta No. 2), admitió la demanda. El día 3 de octubre de 2019 se concluyó la diligencia de notificación personal en los términos del artículo 612 del Código General del proceso, a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, al MINISTERIO PÚBLICO y a la entidad Convocada, esta última interpuso en tiempo recurso de reposición, el cual, previo el traslado correspondiente fue negado mediante Auto de fecha 16 de octubre de 2019.

3.4. Contestación de la demanda y demanda de reconvención: El día 24 de diciembre de 2019, dentro del término de ley, el apoderado de la sociedad Convocada, contestó la demanda, objetó el juramento estimatorio, presentó excepciones de mérito, presentó demanda de reconvención y solicitó pruebas. Mediante Auto de fecha 29 de enero del 2020, el Tribunal dio por contestada en tiempo la demanda y se pronunció respecto de la solicitud de integración del contradictorio presentada por la AGENCIA

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, contra esta providencia la entidad Convocada interpuso recurso de reposición, el cual una vez surtido el trámite correspondiente se denegó mediante Auto de fecha 27 de febrero de 2020.

Mediante Auto de 27 de febrero del 2020, se admitió la demanda de reconvención, la cual se contestó el 25 de marzo del 2020, y se tuvo por contestada en tiempo mediante Auto de fecha 30 de marzo del 2020.

3.5. Traslado de las excepciones y de la objeción al juramento estimatorio: Por Auto del 30 de marzo del 2020, se corrió traslado conjunto de las excepciones de mérito formuladas y de la objeción al juramento estimatorio contenida en la contestación de la demanda, los cuales fueron recorridos por ambas partes mediante escritos presentados el 6 de abril del 2020.

3.6. Audiencia de Conciliación y fijación de gastos y honorarios: El día 22 de abril del 2022 se llevó a cabo la audiencia de conciliación, la cual se declaró fracasada, ante lo cual se procedió a surtir fijación de gastos y honorarios de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la Ley 1563 del 2012, sumas que fueron pagadas oportunamente y en su totalidad por la parte Convocante.

5.7. Primera audiencia de trámite: Por Auto del 19 de mayo del 2020, en atención a que fueron cubiertos la totalidad de los honorarios y gastos del Tribunal, se fijó fecha para adelantar la primera audiencia de trámite para el día 28 de mayo de 2020. Dicha audiencia no se realizó en la fecha fijada con ocasión de la recusación formulada contra el Árbitro WILLIAM BARRERA MUÑOZ, el día 27 de mayo del 2020, y que fue resuelta y denegada por Auto del 1 de junio del 2020, en cumplimiento del procedimiento fijado en el artículo 17 de la Ley 1563 de 2020. Posteriormente mediante Auto del 3 de junio del 2020 se fijó fecha para primera audiencia de trámite para el día 10 de junio del 2020.

4.- PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE, ETAPA PROBATORIA Y ALEGACIONES FINALES.

4.1.- El 10 de junio de 2020 se adelantó la primera audiencia de trámite, en la cual, después de estudiar el alcance del pacto arbitral respecto de la materia y la capacidad de los sujetos de cara a las diferencias sometidas a arbitraje, y por auto de la misma fecha el Tribunal se declaró competente para asumir y resolver en derecho el litigio sometido bajo su conocimiento. La Convocada interpuso recurso de reposición en contra del auto mediante el cual se asumió competencia, no obstante lo cual el Tribunal no admitió los argumentos planteados por el recurrente y confirmó la providencia impugnada.

4.2.- Una vez resuelta la reposición interpuesta contra el auto mediante el cual asumió competencia, el Tribunal resolvió sobre las peticiones probatorias, mediante

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

providencia a través de la cual decretó la totalidad de las pruebas oportunamente solicitadas por las partes y decretó otras pruebas de oficio.

4.3.- En el desarrollo del proceso fueron tenidos como pruebas la totalidad de los documentos aportados por las partes con la demanda, la demanda de reconvención y con las respectivas contestaciones, así como con ocasión del decreto de oficio hecho por el Tribunal.

Fueron practicados a solicitud de las partes los testimonios de SOR PRISCILA SANCHEZ SANABRIA, CRISANTO GÓNZALEZ RIVERA, MÓNICA DEL CARMÉN FACIO LINCE ESCOBAR (Acta No. 13), MARÍA ISABEL PATIÑO OSORIO, SILVIA FERNÁNDEZ DE CASTRO, MARÍA ALEJANDRA MONTOYA GARCIA (Acta 14), ANDREA CASTELLANOS GÓMEZ, SANDRA PATRICIA GÓNZALEZ GONZÁLEZ, FABIÁN RAMOS (Acta 15), TOMÁS ARAGÓN (Acta 16).

El apoderado de la parte Convocada de conformidad con el artículo 211 tachó el testimonio de la señora MARIA ISABEL PATIÑO OSORIO, expresando las razones que la fundan. De igual manera el apoderado de la Parte Convocante se pronunció al respecto.

De igual manera el apoderado de la parte Convocada, desistió del testimonio de la señora CLEMENCIA VILLAMIL PAEZ, el cual fue aceptado por el Tribunal.

Los documentos aportados por los testigos fueron incorporados al expediente y de los mismos se corrió traslado a las partes.

Con el fin de que fueran aportados los documentos decretados por el Tribunal, fueron librados los oficios dirigidos a FIDUCOLOMBIA, DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, AEROCIVIL, MINISTERIO DEL TRANSPORTE, MINISTERIO DE HACIENDA y al CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Las respuestas a dichos oficios fueron recibidas, agregadas al expediente y puestas en conocimiento de las partes. Al no haberse recibido respuesta dentro del término conferido por el Tribunal por parte de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL - AEROCIVIL- y al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO- DIRECCIÓN GENERAL DE CRÉDITO PÚBLICO Y DEL TESORO NACIONAL, a pesar de haber sido requeridas en varias ocasiones, mediante Auto 22 del 13 de octubre del 2020, el Tribunal prescindió de dichas pruebas y además aceptó el desistimiento de los documentos solicitados por la parte Convocante a la AEROCIVIL.

No obstante lo anterior hasta el día 27 de octubre del 2020, se recibió la respuesta por el Ministerio de Hacienda, el cual se puso en conocimiento de los apoderados de las partes y del Ministerio Público.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

4.4.- Una vez concluida la instrucción del proceso, el Tribunal señaló fecha y hora para la audiencia de alegaciones, la cual se celebró el 19 de octubre de 2020.

4.5.- El representante del Ministerio Público rindió concepto el día 4 de diciembre del 2020, el cual fue agregado al expediente y puesto en conocimiento de las partes.

5.- TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO.

La primera audiencia de trámite en este proceso se surtió el día 10 de junio de 2020, por lo cual el término de duración del proceso, que inicialmente fue de ocho (8) meses en virtud de lo establecido en el artículo 10 del Decreto Legislativo 491 del 2020 debía vencer el 10 de febrero de 2020.

El término del Tribunal estuvo suspendido entre los días 4 de julio del 2020 y el 27 de julio del 2020 (15 días hábiles), 20 de octubre del 2020 y el 30 de noviembre del 2020 (30 días hábiles), 2 de diciembre del 2020 y el 7 de febrero del 2021 (44 días hábiles), para un total de noventa y nueve (99) días hábiles.

Lo anterior implica que, de conformidad con lo ordenado por el Artículo 11 de la Ley 1563 de 2012, al término de duración del proceso deben agregarse los 99 días hábiles durante los que el proceso estuvo suspendido.

En consecuencia, el término de duración del proceso vencerá el 8 de julio de 2021, por lo que el presente laudo arbitral se profiere de manera oportuna.

CAPÍTULO SEGUNDO
SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

1.- LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

Las pretensiones de la Parte Convocante fueron formuladas en su demanda, en los siguientes términos:

La Convocante formuló las siguientes pretensiones principales y subsidiarias:

“PRIMERA: Solicito se *DECLARE* que, en virtud de lo dispuesto por los decretos Nos. 4164 y 4165 de 2011, así como del “Acta de Entrega y Recibo” de 27 de diciembre de 2013, suscrita entre la AEROCIVIL y la ANI; la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI subrogó a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONAUTICA CIVIL – AEROCIVIL, en las funciones de gestión contractual del Contrato de Concesión No. 6000169OK de 2006, en virtud de lo cual todas las referencias generales y específicas hechas respecto de la AEROCIVIL deben entenderse hechas respecto de la ANI y todos

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

los procesos judiciales posteriores a la citada fecha del 27 de diciembre de 2013 son de “entera y exclusiva responsabilidad” de la ANI.

SEGUNDA: Solicito se *DECLARE* que la ANI, entidad que se subrogó en el Contrato de Concesión 6000169OK como concedente a la AEROCIVIL, mantuvo en la gestión contractual la influencia de la AEROCIVIL, dada su calidad de autoridad aeronáutica, durante la ejecución de las obras de la Etapa de Modernización y Expansión.

TERCERA: Solicito se *DECLARE* que, como consecuencia de las pretensiones anteriores, las referencias de responsabilidad, hechas en el laudo arbitral del 4 de octubre de 2012 a la “AEROCIVIL” o a la “entidad pública”, deben entenderse hechas a la ANI.

CUARTA: Solicito se *DECLARE* que la extensión de la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato de Concesión 6000169OK de 12 de septiembre de 2006, pactada en el Otrosí No. 21, suscrito el 2 de septiembre de 2016; por el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2017 al 30 de noviembre de 2018, fue necesaria por la materialización de riesgos no contemplados en el Contrato de Concesión, cuyas causas no son imputables a OPAIN, sino a la ANI, entidad que subrogó a la AEROCIVIL

QUINTA: Solicito se *DECLARE* que la extensión de la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato de Concesión 6000169 OK de 12 de septiembre de 2006, pactada en el Otrosí No. 27, suscrito el 25 de abril de 2018; por el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2018 hasta el 28 de febrero de 2019, fue necesaria por la materialización de riesgos no contemplados en el Contrato de Concesión, cuyas causas no son imputables a OPAIN, sino a la ANI, entidad que subrogó a la AEROCIVIL.

SEXTA: Solicito se *DECLARE* que, como consecuencia de las extensiones de la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato de Concesión 6000169 OK, pactadas el 2 de septiembre de 2016 y el 25 de abril de 2018, en los Otrosíes Nos. 21 y 27, respectivamente, así como de lo pactado en la cláusula 24 del Contrato de Concesión; durante el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2017 y el 31 de enero de 2019, el Concesionario OPAIN dejó de recibir el cuatro por ciento (4%) de los “Ingresos Regulados y No Regulados”, lo cual constituye un “daño” para el Concesionario OPAIN.

SÉPTIMA: Solicito, en consecuencia, se *DECLARE* que el Concesionario OPAIN ha sufrido, entre otros, unos daños y perjuicios consistentes en dejar de recibir el porcentaje que le pertenece de la remuneración, equivalente al 2.15%, de los Ingresos Regulados y No Regulados, que corresponde al 53.84% de la participación de OPAIN en los Ingresos Brutos del Contrato de Concesión (lo cual equivale al 2.15% del 4%).

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

OCTAVA: Solicito que, como consecuencia de la prosperidad de las anteriores pretensiones, se **DECLARE** que la ANI, como entidad que subrogó a la AEROCIVIL, es decir, en su calidad de entidad pública contratante, tiene el deber constitucional, legal y contractual de indemnizar o compensar económicamente al Concesionario OPAIN por los daños y perjuicios antijurídicos sufridos como consecuencia de la extensión de la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato 6000169 OK; pactadas el 2 de septiembre de 2016 y el 5 de abril de 2018, en los Otrosíes Nos. 21 y 27, respectivamente.

NOVENA: Solicito, en consecuencia, se **CONDENE** a la ANI a pagar a OPAIN una suma equivalente al daño sufrido por ésta, equivalente a la remuneración que ésta dejó de recibir entre el 1 de febrero de 2017 y el 31 de enero de 2019, cuya cuantía asciende a **\$42.081.020.554.57**, de conformidad con el juramento estimatorio y demás pruebas del proceso.

DÉCIMA: Solicito que el valor de la reparación del daño antijurídico que haga parte de la condena se actualice con la aplicación de IPC (Índice de Precios al Consumidor o inflación), en aplicación de la ley 446 de 1998 (art. 16).

DÉCIMA PRIMERA: Solicito que se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

DÉCIMA SEGUNDA: Solicito se disponga en el Laudo que el valor actualizado resultante de la condena para reparar los daños sea pagado a OPAIN en el término de 30 días hábiles siguientes a su ejecutoria o, en su defecto, que podrá ser compensado por OPAIN con cargo a sus obligaciones contractuales de pago pendientes y a cargo suyo”.

“PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIONES CUARTA Y QUINTA PRINCIPAL: Solicito se **DECLARE** que la extensión de la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato de Concesión 6000169 OK de 12 de septiembre de 2006, pactada los Otrosíes No. 21 suscrito el 2 de septiembre de 2016 y No. 27 suscrito el 25 de abril de 2018; por el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2017 hasta el 28 de febrero de 2019, fue necesaria por la materialización de riesgos contemplados en el Contrato de Concesión, que exceden extraordinariamente el alea normal, cuyas causas no son imputables a OPAIN, sino a la ANI, entidad que subrogó a la AEROCIVIL

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LAS PRETENSIONES OCTAVA y NOVENA PRINCIPALES: Solicito que, en la eventualidad de que el Tribunal de Arbitramento considere que la extensión de la Etapa de Modernización y Expansión desde el 1 de febrero de 2017 al 28 de febrero de 2019, dada mediante

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

la suscripción de los Otrosíes Nos. 21 y 27, fue necesaria por la materialización de riesgos contemplados y/o riesgos No contemplados en el Contrato de Concesión 6000169 OK de 12 de septiembre de 2006, por causas no imputables de manera exclusiva a la Entidad Pública: (i) DECLARE cuál es el porcentaje de imputabilidad de las causas por las cuales se materializaron los riesgos en cabeza de la entidad pública y (ii) APLIQUE, DETERMINE y RECONOZCA cuál es el valor del daño que resulte del respectivo porcentaje de imputabilidad asignado a la entidad pública, con el que se debe compensar a OPAIN”.

2.- LOS HECHOS DE LA DEMANDA.

Los hechos de la demanda que sirven de fundamento a las pretensiones son los que aparecen a folios 6 a 48, 180 y 181 del Cuaderno Principal No. 1

3.- LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Tal como se indicó anteriormente, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA contestó oportunamente el escrito introductorio, dio respuesta a cada uno de los hechos de la demanda, solicitó la práctica de pruebas, objetó el juramento estimatorio y presentó las siguientes excepciones de mérito:

1. DE LA FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL PARA CONOCER DEL PRESENTE ASUNTO:

1.1. POR CONFIGURARSE COSA JUZGADA EN EL PRESENTE CASO.

2. EL 4% NO HACE PARTE DE LA RETRIBUCIÓN DE OPAIN DE CONFORMIDAD CON LO PACTADO EN EL CONTRATO Y SEGÚN LO SEÑALADO POR EL JUEZ DEL CONTRATO

3. INEXISTENCIA DEL APARENTE DAÑO Y PERJUICIOS ALEGADOS POR OPAIN

4. EL RIESGO ECONÓMICO DERIVADO DE LOS EFECTOS DESFAVORABLES DERIVADOS DE CUALQUIER RETRASO EN LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DE MODERNIZACIÓN Y EXPANSIÓN SE ENCUENTRA A CARGO DE OPAIN

5. LA SUSCRIPCIÓN DE LOS OTROSÍES Y DOCUMENTOS MODIFICATORIOS NO IMPLICÓ CAMBIO DE ASIGNACIÓN DE RIESGOS CONTEMPLADA EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN NO. 6000169 OK DE 2006

6. LA SUSCRIPCIÓN DE LOS OTROSÍES 21 Y 27 NO OBEDECIÓ A UNA SUPUESTA MATERIALIZACIÓN DE RIESGOS NO CONTEMPLADOS EN EL

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

CONTRATO, SINO A CIRCUNSTANCIAS PREVISIBLES EN EL MISMO Y EN EL ACUERDO DE VOLUNTADES

7. INEXISTENCIA DE OBLIGACIONES DE “AUTORIDAD AERONÁUTICA AEROPORTUARIA Y DE LA AVIACIÓN CIVIL”, EN CABEZA DE LA ANI – LAS CUALES SON COMPETENCIA DE LA AEROCIVIL

8. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD “ENTERA Y EXCLUSIVA” ATRIBUIBLE A LA ANI RESPECTO DE TODOS LOS PROCESOS JUDICIALES POSTERIORES AL 27/12/2013.

9. EXCEPCIÓN DE INDEBIDA INTEGRACIÓN DEL LITISCONSORCIO POR NO HABERSE SOLICITADO VINCULAR A OTRAS PERSONAS QUE LA LEY DISPONE CITAR Y/O NO COMPRENDER LA DEMANDA A TODOS LOS LITISCONSORTES NECESARIOS – (LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL AERONÁUTICA CIVIL – UAE AEROCIVIL

10. AUSENCIA DE BUENA FE CONTRACTUAL POR PARTE DE LA DEMANDANTE OPAIN

11. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET (PROHIBICIÓN DE IR EN CONTRA DE SUS PROPIOS ACTOS)

12. LA REPROGRAMACIÓN DE LAS OBRAS DE MODERNIZACIÓN Y EXPANSIÓN NO ES IMPUTABLE A LA ANI Y LOS RETRASOS ESTÁN EN CABEZA DE OPAIN SEGÚN EL ESQUEMA DE RIESGOS DEL CONTRATO

13. EXCEPCIÓN GENÉRICA

4.- LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCION

Las pretensiones de la Parte Convocada (demandante en reconvención) fueron formuladas en su contrademanda, en los siguientes términos:

*“**Primera.** – Se declare que OPAIN ha incumplido varias de las obligaciones que asumió por virtud del Contrato de Concesión No. 6000169Ok del 12 de septiembre de 2006, mediante el cual se le otorgó la concesión para la “Administración, operación, explotación comercial, mantenimiento, modernización y expansión del Aeropuerto el Dorado de la ciudad de Bogotá,” específicamente las relativas a:*

*a. Indicador No. 10 - “**VIGILANCIA**” de la Cláusula 10 del Otrosí No. 7 al Contrato de Concesión No. 6000169Ok del 12 de septiembre de 2006 correspondiente al segundo semestre del año 2017.*

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

b. Cláusula 63 numeral 63.19 “Multa por incumplimiento de otras obligaciones” asociada a los hechos ocurridos en el sistema CUTE desde el día 17 de septiembre al 18 de septiembre de 2019 al no garantizar ni facilitar a los explotadores de aeronaves como usuarios del aeropuerto su operación normal durante el momento de la falla del sistema conforme lo establece el Apéndice F en su capítulo 6 “SERVICIOS ASOCIADOS A LOS INGRESOS REGULADOS” numeral 6.2.2. “Mostradores de Registro”.

c. Cláusula 63 numeral 63.13 “Multa por incumplimiento de las obligaciones de Seguridad Aeroportuaria” al no atender la orden de la interventoría de reparar dentro de las siguientes 24 horas la falla presentada al sistema de CCTV del Nuevo Terminal de Carga conforme lo establece el Apéndice H en su capítulo 4 “CONTROL DE ACCESO” numeral 4.3. “Sistemas CCTV”.

Segunda. – Como consecuencia de lo anterior, se declare que como lo estableció la interventoría Operativa, Ambiental y de Mantenimiento bajo la responsabilidad de la firma **CONSORCIO OPERADOR AEROPORTUARIO** en las comunicaciones Nos. IO-184-OP-19, IO-490-OP-19 e IO-548-OP-19 copiadas a la ANI bajo los radicados Nos. 2019-409-039629-2 del 16/04/2019, 2019-409-099049-2 del 19/08/2019 y 2019-409-113503-2 del 28/10/2019 respectivamente, se **INICIARON** al concesionario los procedimientos de imposición de las multas a las que se refiere la anterior pretensión, en razón de los incumplimientos contractuales antes señalados.

Tercera. – Que se condene a OPAIN al pago del valor de las multas a las que se hizo referencia en la pretensión primera, debidamente ajustado de conformidad a la variación experimentada por el índice de precios al consumidor entre el momento en que dichas multas fueron impuestas y el día en que se efectúe su pago conforme a lo previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, por la suma de **SETECIENTOS SEIS MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO MIL NOVENTA Y SIETE PESOS MTE (\$ 706.975.097 MCTE)**, de acuerdo con el siguiente cálculo:

-INCUMPLIMIENTO INDICADOR VIGILANCIA:

Comunicación ANI No. 2019-309-015008-1 del 16 de mayo de 2019:

CALCULO MULTA INCUMPLIMIENTO INDICADOR VIGILANCIA	
Porcentaje del valor del componente respectivo (VIGILANCIA)	10%
Valor del Componente Vigilancia Según Anexo 3 (OPEX DELTA ELDORADO SEMESTRAL página 10 de 20) del Otrosí No. 7 Vigencia Segundo Semestre 2017 - VIGILANCIA. \$COP 558.333.188.00	

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Valor multa correspondiente al 10% del valor es \$COP 55.833.319.00 constantes de 2010	
Indexación COP 2010 ² \$ 55.833.319.00 Abril 2019	COP \$ 77.626.937

-INCUMPLIMIENTO OTRAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES:

Comunicación ANI No. 2019-309-035910-1 del 18 de octubre de 2019:

CALCULO MULTA INCUMPLIMIENTO OTRAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES	
Multa diaria de Salarios Mensuales Legales Vigentes	10
Días afectados	1
TOTAL	COP 8.281.160

-INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DE SEGURIDAD AEROPORTUARIA

Comunicación ANI No. 2019-309-040990-1 del 27 de noviembre de 2019:

CALCULO MULTA INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DE SEGURIDAD AEROPORTUARIA	
Multa diaria de Salarios Mensuales Legales Vigentes	30
Días afectados	25
TOTAL	COP \$ 621.087.000

TOTAL VALORES INCUMPLIMIENTOS RECLAMADOS	
AÑO	VALOR EN PESOS
Por la anualidad del 2016	COP \$ 77.626.937
Por la anualidad del 2017	COP \$ 8.281.160
Por la anualidad del 2018	COP \$ 621.087.000
TOTAL	COP \$ 706.975.097 MCTE

5.- LOS HECHOS DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.

Los hechos de la demanda de reconvencción que sirven de fundamento a las pretensiones son los que aparecen enunciados a folios 236 a 202 del Cuaderno Principal No. 1

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

6.- LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO CONTENIDAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.

Fueron propuestas por la demandada en reconvención las siguientes excepciones de mérito:

1. EXCEPCIÓN DE *“CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL. INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL IMPUTABLE A OPAIN”*
2. EXCEPCIÓN DE *“INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL”*
3. EXCEPCIÓN DE *“A OPAIN NO LE SON IMPUTABLES LOS HECHOS”*
4. *CAUSANTES DE TENER QUE SUSPENDER EL USO DE SEGWAYS NI LAS FALLAS TÉCNICAS OCURRIDAS EN LOS SISTEMAS CUTE Y CCTV*
5. EXCEPCION DE *“INCUMPLIMIENTO DE LA ANI EN LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA 63”*
6. *“EXCEPCIÓN DE BUENA FE, LEALTAD CONTRACTUAL Y “DEBIDA DILIGENCIA”*
7. EXCEPCIÓN DE *“NADIE ESTÁ OBLIGADO A LO IMPOSIBLE”*
8. EXCEPCIÓN GENÉRICA

**CAPÍTULO TERCERO
CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

I. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

Antes de adoptar la decisión de fondo que resuelva sobre las pretensiones y excepciones formuladas, debe establecerse si en el presente proceso arbitral se encuentran cumplidos los presupuestos procesales, en particular por cuanto la Convocada ha cuestionado su debida concurrencia en esta tramitación.

En consecuencia, debe determinarse si se cuenta con los requisitos que deben concurrir en todo proceso para que el juez pueda aplicar el derecho sustantivo y, en consecuencia, proferir un laudo que resuelva las controversias entre las partes. Como

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

es suficientemente conocido, estos presupuestos corresponden a la capacidad para ser parte, la demanda en forma y la competencia¹.

Respecto de la capacidad de las Partes de este proceso nada se ha discutido en la actuación y, por el contrario, se encuentra acreditado que tanto la Convocante como la Convocada son personas jurídicas con aptitud suficiente para comparecer a este proceso y lo han hecho mediante representantes debidamente constituidos.

Como la Convocada ha discutido particularmente que se cumplan los requisitos de demanda en forma en cuanto a la necesidad de vincular a la AEROCIVIL, lo cual fue resuelto mediante providencias de fecha 29 de enero del 2020 y 27 de febrero de 2020 y la competencia del Tribunal para dirimir la controversia al existir cosa juzgada, el Tribunal procederá a analizar este aspecto en el desarrollo del Laudo Arbitral; lo relativo a la falta de competencia al existir cosa juzgada respecto de algunas de las pretensiones será analizado en capítulo especial.

En consecuencia, encuentra el Tribunal que concurren en forma plena los requisitos para dictar el Laudo que decida sobre las pretensiones y excepciones formuladas por las partes, por lo cual procede a continuación al análisis del fondo de la *litis*.

II. LA TACHA DE SOSPECHA.

En desarrollo de la etapa probatoria la declaración de la testigo MARIA ISABEL PATIÑO OSORIO fue objeto de tacha por parte del Apoderado de la Entidad Convocada, de conformidad con el artículo 211 del Código General del Proceso.

La tacha de la testigo se formuló en los siguientes términos:

“...tacho la imparcialidad de la testigo, la doctora María Isabel Patiño no solo por el relato extenso que nos acaba de hacer en el Tribunal que pareciera está en una dimensión distinta de lo que se ha pactado contractualmente sino porque además y es el fundamento de la tacha que hago presidente, si usted revisa el cuaderno 3 del expediente digital, la carpeta 4 hay 19 correos que aportó OPAIN, el señor apoderado de OPAIN en donde hace una explícita relación de todo el

¹ Sobre los presupuestos procesales, la Corte Suprema de Justicia ha dicho lo siguiente: “Trátase de elementos estructurales de la relación jurídica procesal, exigencias imperativas para su constitución válida o para proferir la providencia sobre el mérito del asunto, independientemente de su fundamento sustancial. No conciernen a la relación jurídica sustancial controvertida, causa petendi, petitum, ni a la legitimación en causa, aptitud o interés específico para deducir, controvertir o soportar la pretensión, cuestiones todas del derecho sustancial (CXXXVIII, 364/65), sino a “los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido del proceso (sentencia del 14 de agosto de 1995 exp. 4268), esto es, a la competencia del juez natural, la demanda en forma y la capacidad procesal para ser parte y comparecer a proceso, en tanto, el derecho de acción es una condición de la providencia favorable de la *litis contestatio* (LIX, 818; LXXV, 158 y XXVI, 93)”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 15 de julio de 2008. M.P. William Namen Vargas.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

manejo que se le ha dado al 4% y en donde la protagonista principal es la doctora María Isabel Patiño, yo llamo la atención del Tribunal para que en su momento cuando se evalúe este testimonio, se haga la revisión de esos correos electrónicos que a la postre son prueba documental frente al relato que se acaba de hacer, esa es mi tacha frente a la testigo señor presidente y señores árbitros”.

El Tribunal tiene en cuenta que el artículo 211 del Código General del Proceso establece que

“Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso”.

La norma antes transcrita busca garantizar la objetividad de la decisión que se llegue a proferir, de manera que las declaraciones sean valoradas con un mayor rigor cuando llegaren a existir motivos que pudieran afectar la credibilidad e imparcialidad del testigo por su vínculo o relación con alguna de las partes o sus apoderados. Lo anterior no significa de ninguna manera que deba excluirse el testimonio del proceso, sino que el Tribunal deberá ser mucho más exigente en el examen de la ciencia o las circunstancias conocimiento de los hechos por parte de la testigo respecto de los cuales se predica relacionando su dicho con las demás pruebas aportadas y que obran en el expediente; este aspecto se ha cumplido a cabalidad, dentro del marco legal anotado por parte del Tribunal.

En las voces del precepto, podrá formularse tacha de un testimonio con expresión de las razones en que se funda, y el juez debe analizar el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso. El Código General del Proceso a diferencia de lo previsto en el derogado artículo 218 del Código de Procedimiento Civil, no establece que el juez deba pronunciar una decisión expresa sobre la tacha de un testigo, sino que al fallar apreciará el testimonio según las circunstancias de cada caso.

La valoración del testimonio del testigo tachado es un deber del juzgador, como lo ha dicho el Consejo de Estado al expresar que en caso de tacha *“desechar el testimonio, sería incompatible con el principio de la sana crítica que gobierna todo el régimen probatorio en nuestro medio pues dentro del sistema que adopta el Código de Procedimiento Civil. Para la valoración de la prueba, no existe descalificación legal de un testigo que se pueda calificar de ‘sospechoso’”*², lo que debe hacerse es examinar

² Sentencia del 13 de noviembre de 2014 de la Sección Tercera del Consejo de Estado Rad.: 41001-23-31-000-2000-03728-01(31074)

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

el testimonio teniendo en cuenta las razones de la tacha para determinar “*si detrás de sus afirmaciones se esconde la intención de favorecer a la actora o si, por el contrario, estas resultan coherentes, creíbles y verosímiles, vistas a la luz de la sana crítica y en conexidad con los demás medios de prueba aportados al proceso*”³.

Por consiguiente, el Tribunal ha valorado la declaración rendida por la testigo MARÍA ISABEL PATIÑO OSORIO considerando las razones de la tacha, su conocimiento, experiencia y participación en los hechos sobre los cuales versa, dándole aplicación al deber de apreciación en conjunto de todos los elementos probatorios según las reglas de la sana crítica, tal como lo dispone el artículo 176 del Código General del Proceso y ha examinado su declaración en contexto con las demás pruebas, sin advertir sesgo particular alguno que imponga calificarla de sospechosa. Adicionalmente, es claro para el Tribunal que la declaración rendida por la testigo **Patiño Osorio**, fue simplemente ilustrativa, en lo que se refiere a los aspectos que rodearon los antecedentes de los Otrosíes que han modificado el Contrato de Concesión, declaraciones que no obstante provenir de una persona vinculada a la Concesionaria no tienen la capacidad de influir por sí solas, en las decisiones por adoptarse.

Por tal razón considera que los argumentos expuestos por la ANI no son suficientes para desestimar esta declaración y, por tanto, no prospera la tacha por ella formulada y aunque la norma no impone un pronunciamiento concreto en la parte resolutive, nada obsta para hacerlo y así lo declarará.

III. LA CONTROVERSIA SOMETIDA A DECISIÓN DEL TRIBUNAL.

El problema jurídico medular que ha sido planteado al Tribunal radica en tres puntos principales, a saber: (i) el alcance de la subrogación realizada por la AEROCIVIL a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI), frente al Contrato de Concesión No. 6000169OK de 2006; (ii) la posible indemnización y/o compensación que en criterio de la Convocante procede en razón de las extensiones a la etapa de modernización y expansión del aeropuerto El Dorado pactadas en los otrosíes números 21 y 27, que conllevaron - en su concepto por motivos a ella no imputables y por el contrario imputables a la Convocada -, la obligación de depositar el valor del 4% sobre los ingresos regulados y no regulados establecidos en la cláusula 24 del Contrato; y, (iii) la procedencia o no de multas relacionadas con el Indicador 10 Vigilancia del otrosí No. 7, el sistema CUTE y el sistema CCTV, por las razones señaladas en la demanda de reconvención y su contestación.

³ Ibídem

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

A. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

3.1. COSA JUZGADA

La Convocada, dentro de la oportunidad legal, formuló en el escrito de contestación de la demanda la excepción de cosa juzgada, por cuanto considera que las pretensiones objeto de la presenta controversia ya fueron resueltas en decisiones arbitrales anteriores.

La cosa juzgada alegada fue objeto también de formulación en el recurso presentado por la convocada en la primera audiencia de trámite frente al auto de competencia notificado por el Tribunal.

LA POSTURA DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

En el texto de la contestación de la demanda, se formula la cosa juzgada, como excepción, fundamentada en los siguientes aspectos:

Considera la convocada que *“se evidencia **las Pretensiones CUARTA, QUINTA, SEXTA, SÉPTIMA, OCTAVA, NOVENA, DÉCIMA, así como las PRETENSIONES SUBSIDIARIAS A LA PRETENSIONES CUARTA Y QUINTA PRINCIPAL y la PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LAS PRETENSIONES OCTAVA y NOVENA PRINCIPALES del escrito de demanda, o lo que guarda relación con los temas allí contenidos, fueron ventiladas en procesos arbitrales anteriores...**”*

Para tales efectos, cita las siguientes decisiones en sede arbitral:

Laudo Arbitral del 4 de octubre de 2012

Laudo Arbitral del 24 de agosto de 2015

Laudo Arbitral del 11 de julio de 2018

Acuerdo conciliatorio del 9 de marzo de 2015.

Acuerdo conciliatorio del 16 de septiembre de 2016.

LA POSTURA DE OPAIN S.A.

En los alegatos de conclusión, el Apoderado de la parte convocante adjuntó el siguiente cuadro donde determina que las pretensiones que han guiado los diferentes procesos y conciliaciones obedecieron a objetos distintos. En desarrollo de lo anterior, solicita se niegue la excepción:

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

1.- LAS PRETENSIONES DECIDIDAS EN EL LAUDO DEL 4 DE OCTUBRE DE 2012

<p><u>DEMANDA DE AEROCIVIL PRESENTADA EL 9 DE JULIO DE 2010, REFORMADA EL 26 DE MAYO DE 2011, RESPECTO DE LAS CUALES SE EMITIÓ LAUDO EL 4 DE OCTUBRE DE 2012:</u></p> <p>“OCTAVA (Pretensión que prosperó): Que se declare que Opain, por virtud del Contrato de Concesión No. 6000169 OK del 12 de septiembre de 2006, está obligada a:</p> <p>(...)</p> <p>g. Depositar en la Subcuenta de Excedentes de la Aerocivil el cuatro por ciento (4%)_de los ingresos regulados y de los ingresos no regulados que se causen <u>durante el Periodo de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión</u>, en cumplimiento de lo previsto en la cláusula 24 del contrato de concesión.”</p> <p><u>DEMANDA DE RECONVENCION DE OPAIN presentada el 9 de Noviembre de 2010, resuelta en el laudo del 4 de octubre de 2012:</u></p> <p>“1.8 (Pretensión que se negó): Que, en relación con los incisos 2 y 3 de la cláusula 24 del Contrato, según los cuales si hay un Periodo de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión imputable a la AEROCIVIL, OPAIN deberá depositar el 4% de los Ingresos Regulados y no Regulados que se causen en tal Periodo en la Subcuenta de Excedentes de AEROCIVIL y que tal porcentaje no hará parte de la remuneración del Concesionario, se declare lo siguiente:</p> <p>(i) Que lo pactado en los Otrosíes No. 2 y 3 del Contrato modificó los alcances de los incisos 2 y 3 de la cláusula 24 del Contrato, en razón de que a través de tales acuerdos se modificó el alcance original de la Etapa_de Modernización y Expansión, no sólo en cuanto a los diseños y obras a ejecutar, sino también en cuanto a los Hitos y a la fecha de terminación de dicha Etapa.</p> <p>(ii) Que atendiendo lo pactado en los Otrosíes No.2 y 3 del Contrato, los incisos 2 y 3 de la cláusula 24 del Contrato no resultan aplicables, por lo cual OPAIN no está obligada a depositar el 4% de los Ingresos Regulados y no Regulados que se causen en tal Periodo en la Subcuenta de Excedentes de AEROCIVIL, como tampoco a que tal porcentaje no haga parte de su remuneración.</p>	<p><u>DEMANDA DE OPAIN PRESENTADA EL 20 DE MARZO DE 2019, CUYAS PRETENSIONES SON MATERIA DE ESTE PROCESO:</u></p> <p>“CUARTA: Solicito se DECLARE que <u>la extensión de la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato de Concesión 6000169OK de 12 de septiembre de 2006, pactada en el Otrosí No. 21, suscrito el 2 de septiembre de 2016; por el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2017 al 30 de noviembre de 2018, fue necesaria por la materializaron de riesgos no contemplados en el Contrato de Concesión, cuyas causas no son imputables a OPAIN, sino a la ANI, entidad que subrogó a la AEROCIVIL</u></p> <p>QUINTA: Solicito se DECLARE que la extensión de la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato de Concesión 6000169 OK de 12 de septiembre de 2006, pactada en el Otrosí No. 27, suscrito el 25 de abril de 2018; por el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2018 hasta el 28 de febrero de 2019, <u>fue necesaria por la materialización de riesgos no contemplados en el Contrato de Concesión, cuyas causas no son imputables a OPAIN, sino a la ANI, entidad que subrogó a la AEROCIVIL.</u></p> <p>SEXTA: Solicito se DECLARE que, como consecuencia de las extensiones de la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato de Concesión 6000169 OK, pactadas el 2 de septiembre de 2016 y el 25 de abril de 2018, en los Otrosíes Nos. 21 y 27, respectivamente, así como de lo pactado en la cláusula 24 del Contrato de Concesión; durante el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2017 y el 31 de enero de 2019, <u>el Concesionario OPAIN dejó de recibir el cuatro por ciento (4%) de los “Ingresos Regulados y No Regulados”, lo cual constituye un “daño” para el Concesionario OPAIN.</u></p> <p>SÉPTIMA: Solicito, en consecuencia, se DECLARE que el Concesionario <u>OPAIN ha sufrido, entre otros, unos daños y perjuicios consistentes en dejar de recibir el porcentaje que le pertenece de la remuneración, equivalente al 2.15%, de los Ingresos Regulados y No</u></p>
--	--

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

<p>1.8.1 Pretensión subsidiaria a la pretensión principal 1.8: Que, en caso de no prosperar la petición principal 1.6, se declare lo siguiente:</p> <p>(i) Que los incisos 2 y 3 de la cláusula 24 del Contrato ineficaces de pleno derecho, en cuanto disponen que, si hay un Período de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión, OPAIN deberá depositar el 4% de los Ingresos Regulados y no Regulados que se causen en tal Período en la Subcuenta de Excedentes de AEROCIVIL y que tal porcentaje no hará parte de su remuneración, independientemente de que la causa que de origen al Período de Extensión sea imputable a la AEROCIVIL o se deba a razones distintas al caso fortuito o la fuerza mayor. Subsidiariamente, en caso de que se considere que los apartes impugnados no son ineficaces de pleno derecho, se decreta la nulidad absoluta de los mismos.</p> <p>(ii) Que, como consecuencia de lo anterior, la cláusula 24 del Contrato sólo eficaz o válida en derecho, según lo disponga el H. Tribunal, cuando el Período de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión es consecuencia de una causa imputable a OPAIN o cuando resulte de la ocurrencia del caso fortuito o la fuerza mayor, casos en los cuales OPAIN sí deberá depositar el 4% de los Ingresos Regulados y no Regulados que se causen en tal Período en la Subcuenta de Excedentes de AEROCIVIL, sin que tal porcentaje haga parte de su remuneración.</p> <p>(iii) Que, por tanto, y debido a que las causas que dieron lugar a la suscripción de los Otrosíes No. 2 y 3 del Contrato fueron imputables a la AEROCIVIL y no a OPAIN, ésta última no está obligada a depositar el 4% de los Ingresos Regulados y no Regulados que se causen en tal Período en la Subcuenta de Excedentes de AEROCIVIL y que tal porcentaje debe hacer parte de su remuneración.”</p> <p><u>NOTA:</u> La anterior pretensión subsidiaria se negó, pero en su estudio el tribunal de arbitramento dispuso:</p> <p>“en todos los casos en que la extensión es por causa imputable a la entidad pública, el contratista podría reclamar la indemnización de perjuicios</p> <p>Debido a este pronunciamiento se convocó el actual tribunal de arbitramento presentando la correspondiente demanda</p>	<p><u>Regulados, que corresponde al 53.84% de la participación de OPAIN en los Ingresos Brutos del Contrato de Concesión (lo cual equivale al 2.15% del 4%).</u></p> <p>OCTAVA: Solicito que, como consecuencia de la prosperidad de las anteriores pretensiones, se <u>DECLARE que la ANI, como entidad que subrogó a la AEROCIVIL, es decir, en su calidad de entidad pública contratante, tiene el deber constitucional, legal y contractual de indemnizar o compensar económicamente al Concesionario OPAIN por los daños y perjuicios antijurídicos sufridos como consecuencia de la extensión de la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato 6000169 OK; pactadas el 2 de septiembre de 2016 y el 5 de abril de 2018, en los Otrosíes Nos. 21 y 27, respectivamente.</u></p> <p>NOVENA: Solicito, en consecuencia, se <u>CONDENE a la ANI a pagar a OPAIN una suma equivalente al daño sufrido por ésta, equivalente a la remuneración que ésta dejó de recibir entre el 1 de febrero de 2017 y el 31 de enero de 2019, cuya cuantía asciende a \$42.081.020.554.57, de conformidad con el juramento estimatorio y demás pruebas del proceso.</u></p> <p>DÉCIMA: Solicito que el valor de la reparación del daño antijurídico que haga parte de la condena se actualice con la aplicación de IPC (Índice de Precios al Consumidor o inflación), en aplicación de la ley 446 de 1998 (art. 16).”</p> <p>(...)</p> <p>PRETENSIONES SUBSIDIARIAS</p> <p>PRETENSión SUBSIDIARIA A LA PRETENSIONES CUARTA Y QUINTA PRINCIPAL: Solicito se <u>DECLARE que la extensión de la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato de Concesión 6000169 OK de 12 de septiembre de 2006, pactada los Otrosíes No. 21 suscrito el 2 de septiembre de 2016 y No. 27 suscrito el 25 de abril de 2018; por el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2017 hasta el 28 de febrero de 2019, fue necesaria por la materialización de riesgos contemplados en el Contrato de Concesión, que exceden extraordinariamente el alea normal, cuyas causas no son imputables a OPAIN, sino a la ANI, entidad que subrogó a la AEROCIVIL</u></p>
---	--

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

	<p>PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LAS PRETENSIONES OCTAVA y NOVENA PRINCIPALES: Solicito que, <u>en la eventualidad de que el Tribunal de Arbitramento considere que la extensión de la Etapa de Modernización y Expansión desde el 1 de febrero de 2017 al 28 de febrero de 2019, dada mediante la suscripción de los Otrosíes Nos. 21 y 27, fue necesaria por la materialización de riesgos contemplados y/o riesgos No contemplados en el Contrato de Concesión 6000169 OK de 12 de septiembre de 2006, por causas no imputables de manera exclusiva a la Entidad Pública: (i) DECLARE cuál es el porcentaje de imputabilidad de las causas por las cuales se materializaron los riesgos en cabeza de la entidad pública y (ii) APLIQUE, DETERMINE y RECONOZCA cuál es el valor del daño que resulte del respectivo porcentaje de imputabilidad asignado a la entidad pública, con el que se debe compensar a OPAIN.</u></p>
--	--

2º.- PRETENSIONES CONCILIADAS EN EL ACUERDO CONCILIATORIO CELEBRADO EL 9 DE MARZO DE 2015 APROBADO POR EL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO EL 22 DE ABRIL DE 2015 (ACTA 31)

<p><u>PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN PRESENTADA POR LA AEROCIVIL EL 23 DE MAYO DE 2013, RESPECTO DE LAS CUALES, PRIMERO, SE EMITIÓ PROVIDENCIA EL 22 DE ABRIL DE 2015 (Acta 31) ACEPTANDO EL DESISTIMIENTO DE LA AEROCIVIL – subrogada ya por la ANI- DE LAS PRETENSIONES CUARTA, QUINTA, SEXTA Y SÉPTIMA y, respecto de las no desistidas se emitió LAUDO EL 24 DE AGOSTO DE 2015:</u></p> <p>TERCERA (negada en el laudo del 24 de agosto de 2015): Que, también en consecuencia, se condene a Opain a indemnizarle a la Aerocivil todos los daños que ésta ha sufrido y sufrirá como consecuencia de la decisión de Opain de mantener y extender en el tiempo, más allá del 30 de septiembre de 2012, las condiciones pactadas con Avianca en el contrato BO-AR-0011-04.</p> <p>CUARTA (desistida⁴ por la ANI): Que se declare que Opain incumplió obligaciones que asumió por virtud del Contrato No. 6000169 OK</p>	<p><u>DEMANDA DE OPAIN PRESENTADA EL 20 DE MARZO DE 2019, CUYAS PRETENSIONES SON MATERIA DE ESTE PROCESO:</u></p> <p>“CUARTA: Solicito se DECLARE que <u>la extensión de la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato de Concesión 6000169OK de 12 de septiembre de 2006, pactada en el Otrosí No. 21, suscrito el 2 de septiembre de 2016; por el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2017 al 30 de noviembre de 2018, fue necesaria por la materializaron de riesgos no contemplados en el Contrato de Concesión, cuyas causas no son imputables a OPAIN, sino a la ANI, entidad que subrogó a la AEROCIVIL</u></p>
---	---

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

del 12 de septiembre de 2006, mediante el cual se le otorgó la "concesión para la administración, operación, explotación comercial, mantenimiento y modernización y expansión del Aeropuerto Internacional El Dorado de la ciudad de Bogotá D.E.", al haber convenido con Avianca modificaciones al contrato BO-AR-001I-04 (modificatorios 2 y 3) que le han impedido hasta ahora a Opain y, en el futuro, le impedirán o le harán más difícil lograr la restitución de los inmuebles necesarios para la ejecución de las Obras de Modernización y Expansión (cláusula 26.1).

QUINTA (desistida por la ANI):: Que se declare que Opain también incumplió obligaciones que asumió por virtud del Contrato No. 6000169 OK del 12 de septiembre de 2006, mediante el cual se le otorgó la "concesión para la administración, operación, explotación comercial, mantenimiento y modernización y expansión del Aeropuerto Internacional El Dorado de la ciudad de Bogotá D.C. ", al haber dejado de adoptar oportunamente medidas para lograr la restitución de los inmuebles necesarios para la ejecución de las Obras de Modernización y Expansión (cláusula 26.1).

SEXTA (desistida por la ANI): Que, en consecuencia, se declare que Opain es responsable por los daños que ha sufrido y sufrirá Aerocivil por la no culminación oportuna de los subproyectos denominados Demolición Hangar Avianca – Fase I y Fase II y Plataforma Hangar Avianca Fase I y Fase II y, por ende, por un nuevo Periodo de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión.

SÉPTIMA (desistida por la ANI): Que, también en consecuencia, se condene a Opain a indemnizarle a la Aerocivil todos los daños que ésta ha sufrido y sufrirá como consecuencia de la no culminación oportuna de los subproyectos denominados Demolición Hangar Avianca -Fase I y Fase II y Plataforma Hangar Avianca Fase I y Fase II, y, por ende, por un nuevo Periodo de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión.

QUINTA: Solicito se **DECLARE** que la extensión de la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato de Concesión 6000169 OK de 12 de septiembre de 2006, pactada en el Otrosí No. 27, suscrito el 25 de abril de 2018; por el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2018 hasta el 28 de febrero de 2019, fue necesaria por la materialización de riesgos no contemplados en el Contrato de Concesión, cuyas causas no son imputables a OPAIN, sino a la ANI, entidad que subrogó a la AEROCIVIL.

SEXTA: Solicito se **DECLARE** que, como consecuencia de las extensiones de la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato de Concesión 6000169 OK, pactadas el 2 de septiembre de 2016 y el 25 de abril de 2018, en los Otrosíes Nos. 21 y 27, respectivamente, así como de lo pactado en la cláusula 24 del Contrato de Concesión; durante el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2017 y el 31 de enero de 2019, el Concesionario OPAIN dejó de recibir el cuatro por ciento (4%) de los "Ingresos Regulados y No Regulados", lo cual constituye un "daño" para el Concesionario OPAIN.

SÉPTIMA: Solicito, en consecuencia, se **DECLARE** que el Concesionario OPAIN ha sufrido, entre otros, unos daños y perjuicios consistentes en dejar de recibir el porcentaje que le pertenece de la remuneración, equivalente al 2.15%, de los Ingresos Regulados y No Regulados, que corresponde al 53.84% de la participación de OPAIN en los Ingresos Brutos del Contrato de Concesión (lo cual equivale al 2.15% del 4%).

OCTAVA: Solicito que, como consecuencia de la prosperidad de las anteriores pretensiones, se **DECLARE** que la ANI, como entidad que subrogó a la AEROCIVIL, es decir, en su calidad de entidad pública contratante, tiene el deber constitucional, legal y contractual de indemnizar o compensar económicamente al Concesionario OPAIN por los daños y perjuicios antijurídicos sufridos como consecuencia de la extensión de la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato 6000169 OK; pactadas el 2 de septiembre de 2016 y el 5 de abril de 2018, en los Otrosíes Nos. 21 y 27, respectivamente.

NOVENA: Solicito, en consecuencia, se **CONDENE** a la ANI a pagar a OPAIN una suma equivalente al

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

	<p>daño sufrido por ésta, equivalente a la remuneración que ésta dejó de recibir entre el 1 de febrero de 2017 y el 31 de enero de 2019, cuya cuantía asciende a \$42.081.020.554.57, de conformidad con el juramento estimatorio y demás pruebas del proceso.</p> <p>DÉCIMA: Solicito que el valor de la reparación del daño antijurídico que haga parte de la condena se actualice con la aplicación de IPC (Índice de Precios al Consumidor o inflación), en aplicación de la ley 446 de 1998 (art. 16).”</p> <p>(...)</p> <p>PRETENSIONES SUBSIDIARIAS</p> <p>PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIONES CUARTA Y QUINTA PRINCIPAL: Solicito se DECLARE que la extensión de la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato de Concesión 6000169 OK de 12 de septiembre de 2006, <u>pactada los Otrosíes No. 21 suscrito el 2 de septiembre de 2016 y No. 27 suscrito el 25 de abril de 2018</u>; por el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2017 hasta el 28 de febrero de 2019, <u>fue necesaria por la materialización de riesgos contemplados en el Contrato de Concesión, que exceden extraordinariamente el alea normal, cuyas causas no son imputables a OPAIN, sino a la ANI, entidad que subrogó a la AEROCIVIL</u></p> <p>PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LAS PRETENSIONES OCTAVA y NOVENA PRINCIPALES: Solicito que, <u>en la eventualidad de que el Tribunal de Arbitramento considere que la extensión de la Etapa de Modernización y Expansión desde el 1 de febrero de 2017 al 28 de febrero de 2019, dada mediante la suscripción de los Otrosíes Nos. 21 y 27, fue necesaria por la materialización de riesgos contemplados y/o riesgos No contemplados en el Contrato de Concesión 6000169 OK de 12 de septiembre de 2006, por causas no imputables de manera exclusiva a la Entidad Pública: (i) DECLARE cuál es el porcentaje de imputabilidad de las causas por las cuales se materializaron los riesgos en cabeza de la entidad pública y (ii) APLIQUE, DETERMINE y RECONOZCA cuál es el valor del daño que resulte del respectivo porcentaje de imputabilidad asignado a la entidad pública, con el que se debe compensar a OPAIN.</u></p>
--	--

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

3.- DEMANDA DE LA AEROCIVIL PRESENTADA EL 21 DE OCTUBRE DE 2013, ENTIDAD SUBROGADA POR LA ANI QUIEN REFORMÓ LA DEMANDA EL 4 DE MARZO DE 2015 CONCILIADA EL 2 DE SEPTIEMBRE DE 2016 Y APROBADA POR EL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO (Acta 32) EL 19 DE SEPTIEMBRE DE 2016

<p><u>DEMANDA DE LA AEROCIVIL/ANI REFORMADA EL 4 DE MARZO DE 2015. CONCILIADA EL 19 DE SEPTIEMBRE DE 2016 (Acta 32)</u></p> <p>NOVENA (Desistida por la ANI): Que se declare que la Sociedad Concesionaria Operadora Aeroportuaria Internacional S.A. - OPAIN S.A. está obligada a depositar directa y definitivamente en la Subcuenta de Excedentes de la AEROCIVIL (HOY ANI) el cuatro por ciento (4%) de los Ingresos Regulados y de los Ingresos no Regulados que se generen durante el Período de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión, de conformidad con lo previsto en el inciso tercero de la cláusula 24 del Contrato de Concesión No. 6000169 OK de 12 de septiembre de 2006 y lo dispuesto en el laudo arbitral de 4 de octubre de 2012.</p> <p>DÉCIMA (Desistida por la ANI): Que, en consecuencia, se declare que la Sociedad Concesionaria Operadora Aeroportuaria Internacional S.A. - OPAIN S.A. S.A. no puede disminuir del valor de la Contraprestación ni del Ingreso Bruto utilizado para calcularla, el 4% de los Ingresos Regulados y de los Ingresos no Regulados que se generen durante el Período de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión y al cual se refiere el inciso tercero de la cláusula 24 del Contrato de Concesión No. 6000169 OK de 12 de septiembre de 2006.</p> <p>UNDÉCIMA (Desistida por la ANI): Que, en consecuencia, se le ordene a la Sociedad Concesionaria Operadora Aeroportuaria Internacional S.A. - OPAIN S.A. calcular el valor de la Contraprestación sin deducir, ni directa ni indirectamente, el 4% de los Ingresos Regulados y de los Ingresos no Regulados que se generen durante el Período de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión y al cual se refiere el inciso tercero de la cláusula 24 del Contrato de Concesión No. 6000169 OK de 12 de septiembre de 2006.</p>	<p><u>DEMANDA DE OPAIN PRESENTADA EL 20 DE MARZO DE 2019, CUYAS PRETENSIONES SON MATERIA DE ESTE PROCESO:</u></p> <p>“CUARTA: Solicito se <u>DECLARE</u> que <u>la extensión de la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato de Concesión 6000169OK de 12 de septiembre de 2006, pactada en el Otrosí No. 21, suscrito el 2 de septiembre de 2016; por el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2017 al 30 de noviembre de 2018, fue necesaria por la materializaron de riesgos no contemplados en el Contrato de Concesión, cuyas causas no son imputables a OPAIN, sino a la ANI, entidad que subrogó a la AEROCIVIL</u></p> <p>QUINTA: Solicito se <u>DECLARE</u> que <u>la extensión de la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato de Concesión 6000169 OK de 12 de septiembre de 2006, pactada en el Otrosí No. 27, suscrito el 25 de abril de 2018; por el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2018 hasta el 28 de febrero de 2019, fue necesaria por la materialización de riesgos no contemplados en el Contrato de Concesión, cuyas causas no son imputables a OPAIN, sino a la ANI, entidad que subrogó a la AEROCIVIL.</u></p> <p>SEXTA: Solicito se <u>DECLARE</u> que, como consecuencia de las extensiones de la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato de Concesión 6000169 OK, pactadas el 2 de septiembre de 2016 y el 25 de abril de 2018, en los Otrosíes Nos. 21 y 27, respectivamente, así como de lo pactado en la cláusula 24 del Contrato de Concesión; durante el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2017 y el 31 de enero de 2019, <u>el Concesionario OPAIN dejó de recibir el cuatro por ciento (4%) de los “Ingresos Regulados y No Regulados”, lo cual constituye un “daño” para el Concesionario OPAIN.</u></p> <p>SÉPTIMA: Solicito, en consecuencia, se <u>DECLARE</u> que <u>el Concesionario OPAIN ha sufrido, entre otros, unos daños y perjuicios consistentes en dejar de recibir el porcentaje que le pertenece de la</u></p>
--	---

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

<p>DUODÉCIMA (Desistida por la ANI): Que, también en consecuencia, se condene a la Sociedad Concesionaria Operadora Aeroportuaria Internacional S.A. - OPAIN S.A. a pagarle a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil las sumas de dinero que no hayan quedado incluidas en los valores de la Contraprestación liquidados y pagados a partir del 4 de octubre de 2012, junto con los correspondientes intereses de mora liquidados a la tasa máxima legal desde la fecha en la que cada uno de los pagos ha debido hacerse y hasta la fecha del pago efectivo.</p>	<p><u>remuneración, equivalente al 2.15%, de los Ingresos Regulados y No Regulados, que corresponde al 53.84% de la participación de OPAIN en los Ingresos Brutos del Contrato de Concesión (lo cual equivale al 2.15% del 4%).</u></p> <p>OCTAVA: Solicito que, como consecuencia de la prosperidad de las anteriores pretensiones, se <u>DECLARE que la ANI, como entidad que subrogó a la AEROCIVIL, es decir, en su calidad de entidad pública contratante, tiene el deber constitucional, legal y contractual de indemnizar o compensar económicamente al Concesionario OPAIN por los daños y perjuicios antijurídicos sufridos como consecuencia de la extensión de la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato 6000169 OK; pactadas el 2 de septiembre de 2016 y el 5 de abril de 2018, en los Otrosíes Nos. 21 y 27, respectivamente.</u></p> <p>NOVENA: Solicito, en consecuencia, se CONDENE a la ANI a pagar a OPAIN una suma equivalente al daño sufrido por ésta, equivalente a la remuneración que ésta dejó de recibir entre el 1 de febrero de 2017 y el 31 de enero de 2019, cuya cuantía asciende a \$42.081.020.554.57, de conformidad con el juramento estimatorio y demás pruebas del proceso.</p> <p>DÉCIMA: Solicito que el valor de la reparación del daño antijurídico que haga parte de la condena se actualice con la aplicación de IPC (Índice de Precios al Consumidor o inflación), en aplicación de la ley 446 de 1998 (art. 16).” (...)</p> <p>PRETENSIONES SUBSIDIARIAS PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIONES CUARTA Y QUINTA PRINCIPAL: Solicito se <u>DECLARE que la extensión de la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato de Concesión 6000169 OK de 12 de septiembre de 2006, pactada los Otrosíes No. 21 suscrito el 2 de septiembre de 2016 y No. 27 suscrito el 25 de abril de 2018; por el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2017 hasta el 28 de febrero de 2019, fue necesaria por la materialización de riesgos contemplados en el Contrato de Concesión, que exceden extraordinariamente el alea normal, cuyas causas no son imputables a OPAIN, sino a la ANI, entidad que subrogó a la AEROCIVIL</u></p> <p>PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LAS PRETENSIONES OCTAVA y NOVENA</p>
--	---

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

	<p>PRINCIPALES: Solicito que, <u>en la eventualidad de que el Tribunal de Arbitramento considere que la extensión de la Etapa de Modernización y Expansión desde el 1 de febrero de 2017 al 28 de febrero de 2019, dada mediante la suscripción de los Otrosíes Nos. 21 y 27, fue necesaria por la materialización de riesgos contemplados y/o riesgos No contemplados en el Contrato de Concesión 6000169 OK de 12 de septiembre de 2006, por causas no imputables de manera exclusiva a la Entidad Pública: (i) DECLARE cuál es el porcentaje de imputabilidad de las causas por las cuales se materializaron los riesgos en cabeza de la entidad pública y (ii) APLIQUE, DETERMINE y RECONOZCA cuál es el valor del daño que resulte del respectivo porcentaje de imputabilidad asignado a la entidad pública, con el que se debe compensar a OPAIN.</u></p>
--	--

4.- DEMANDA PRESENTADA POR OPAIN EL 9 DE SEPTIEMBRE DE 2016, DECIDIDA EL 11 DE JULIO DE 2018

<p><u>DEMANDA PRESENTADA POR OPAIN EL 9 DE SEPTIEMBRE DE 2016, DECIDIDA EL 11 DE JULIO DE 2018</u></p> <p>PRIMERA (Pretensión que Prosperó): Que se DECLARE que, salvo los sub proyectos de los hitos 7, 7B y 8, que fueran objeto de la reprogramación y extensión de la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato de Concesión No. 6000169 Ok; reprogramación pactada en el Otrosí No. 21 del 2 de septiembre de 2016; todas las demás obras de esa Etapa fueron cumplidas por OPAIN.</p> <p>SEGUNDA (Pretensión que Prosperó): Que se DECLARE que, en virtud de lo pactado en la “CLÁUSULA 24.- PLAZO DE LA ETAPA DE MODERNIZACIÓN Y EXPANSIÓN” del mismo Contrato de Concesión No. 6000169 OK, durante todo el término de extensión de la Etapa de Modernización y Expansión pactada en el Otrosí No. 21 del 2 de septiembre de 2016, OPAIN debería depositar en la subcuenta de excedentes a favor de la Aerocivil el 4% de sus ingresos regulados y no regulados, sin consideración a lo que ha sido hasta ahora la ejecución y cumplimiento de todas las demás obras de esa Etapa y sin consideración, tampoco, a que, de conformidad con la reprogramación acordada para las obras pendientes, estas se van a ir ejecutando y</p>	<p><u>DEMANDA DE OPAIN PRESENTADA EL 20 DE MARZO DE 2019, CUYAS PRETENSIONES SON MATERIA DE ESTE PROCESO:</u></p> <p>“CUARTA: Solicito se DECLARE que <u>la extensión de la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato de Concesión 6000169OK de 12 de septiembre de 2006, pactada en el Otrosí No. 21, suscrito el 2 de septiembre de 2016; por el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2017 al 30 de noviembre de 2018, fue necesaria por la materializaron de riesgos no contemplados en el Contrato de Concesión, cuyas causas no son imputables a OPAIN, sino a la ANI, entidad que subrogó a la AEROCIVIL</u></p> <p>QUINTA: Solicito se DECLARE que la extensión de la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato de Concesión 6000169 OK de 12 de septiembre de 2006, pactada en el Otrosí No. 27, suscrito el 25 de abril de 2018; por el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2018 hasta el 28 de febrero de 2019, <u>fue necesaria por la materialización de riesgos no contemplados en el Contrato de Concesión, cuyas causas no son imputables a OPAIN, sino a la ANI, entidad que subrogó a la AEROCIVIL.</u></p> <p>SEXTA: Solicito se DECLARE que, como consecuencia de las extensiones de la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato de Concesión 6000169 OK, pactadas el 2 de septiembre de 2016 y el 25 de abril de 2018, en los</p>
---	--

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

<p>cumpliendo por OPAIN según la ANI, la AEROCIVIL y AVIANCA se lo vayan permitiendo.</p> <p>TERCERA (Pretensión que se negó): Solicito que, como consecuencia de las anteriores declaraciones y con fundamento en la función que cumple la referida cláusula 24 del Contrato de Concesión, el principio de proporcionalidad, la equidad y la aplicación analógica de la ley; se le dé aplicación a los artículos 1596 del Código Civil, 867 del Código de Comercio y a la Ley 80 de 1993, reduciendo proporcionalmente el descuento del porcentaje del 4% de los ingresos regulados y no regulados, pactado en la cláusula 24 del contrato, durante la ejecución del Otrosí No. 21 del 2 de septiembre de 2016, es decir a partir del 1 de febrero de 2017 y hasta que se termine la Etapa de Modernización y Expansión; reducción que deberá responder a un porcentaje que represente lo que falta del cumplimiento de la obligación principal.</p>	<p>Otrosíes Nos. 21 y 27, respectivamente, así como de lo pactado en la cláusula 24 del Contrato de Concesión; durante el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2017 y el 31 de enero de 2019, <u>el Concesionario OPAIN dejó de recibir el cuatro por ciento (4%) de los “Ingresos Regulados y No Regulados”, lo cual constituye un “daño” para el Concesionario OPAIN.</u></p> <p>SÉPTIMA: Solicito, en consecuencia, se DECLARE que el Concesionario <u>OPAIN ha sufrido, entre otros, unos daños y perjuicios consistentes en dejar de recibir el porcentaje que le pertenece de la remuneración, equivalente al 2.15%, de los Ingresos Regulados y No Regulados, que corresponde al 53.84% de la participación de OPAIN en los Ingresos Brutos del Contrato de Concesión (lo cual equivale al 2.15% del 4%).</u></p> <p>OCTAVA: Solicito que, como consecuencia de la prosperidad de las anteriores pretensiones, se DECLARE que <u>la ANI, como entidad que subrogó a la AEROCIVIL, es decir, en su calidad de entidad pública contratante, tiene el deber constitucional, legal y contractual de indemnizar o compensar económicamente al Concesionario OPAIN por los daños y perjuicios antijurídicos sufridos como consecuencia de la extensión de la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato 6000169 OK; pactadas el 2 de septiembre de 2016 y el 5 de abril de 2018, en los Otrosíes Nos. 21 y 27, respectivamente.</u></p> <p>NOVENA: Solicito, en consecuencia, se CONDENE a la ANI a pagar a OPAIN una suma equivalente al daño sufrido por ésta, equivalente a la remuneración que ésta dejó de recibir entre el 1 de febrero de 2017 y el 31 de enero de 2019, cuya cuantía asciende a \$42.081.020.554.57, de conformidad con el juramento estimatorio y demás pruebas del proceso.</p> <p>DÉCIMA: Solicito que el valor de la reparación del daño antijurídico que haga parte de la condena se actualice con la aplicación de IPC (Índice de Precios al Consumidor o inflación), en aplicación de la ley 446 de 1998 (art. 16).” (...)</p> <p>PRETENSIONES SUBSIDIARIAS PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIONES CUARTA Y QUINTA PRINCIPAL: Solicito se DECLARE que la extensión de la Etapa de Modernización y Expansión del</p>
--	---

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

	<p><u>Contrato de Concesión 6000169 OK de 12 de septiembre de 2006, pactada los Otrosíes No. 21 suscrito el 2 de septiembre de 2016 y No. 27 suscrito el 25 de abril de 2018; por el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2017 hasta el 28 de febrero de 2019, fue necesaria por la materialización de riesgos contemplados en el Contrato de Concesión, que exceden extraordinariamente el alea normal, cuyas causas no son imputables a OPAIN, sino a la ANI, entidad que subrogó a la AEROCIVIL</u></p> <p>PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LAS PRETENSIONES OCTAVA y NOVENA PRINCIPALES: Solicito que, <u>en la eventualidad de que el Tribunal de Arbitramento considere que la extensión de la Etapa de Modernización y Expansión desde el 1 de febrero de 2017 al 28 de febrero de 2019, dada mediante la suscripción de los Otrosíes Nos. 21 y 27, fue necesaria por la materialización de riesgos contemplados y/o riesgos No contemplados en el Contrato de Concesión 6000169 OK de 12 de septiembre de 2006, por causas no imputables de manera exclusiva a la Entidad Pública: (i) DECLARE cuál es el porcentaje de imputabilidad de las causas por las cuales se materializaron los riesgos en cabeza de la entidad pública y (ii) APLIQUE, DETERMINE y RECONOZCA cuál es el valor del daño que resulte del respectivo porcentaje de imputabilidad asignado a la entidad pública, con el que se debe compensar a OPAIN.</u></p>
--	---

<p><u>DEMANDA PRESENTADA POR OPAIN EL 16 DE AGOSTO DE 2017, ACUMULADA CON OTRAS Y REFORMADA EN UN SOLO DOCUMENTO EL 16 DE ENERO DE 2018, DECIDIDO EL 27 DE FEBRERO DE 2019)</u></p> <p>SÉPTIMA: (se declaró “Cosa Juzgada” en virtud del cumplimiento declarado el 11 de julio de 2018) Que se DECLARE que el subproyecto Vías, Redes, Parquaderos, Separación de redes REAN/REAP/RTAN/RTAP (Restantes) del Hito 8 de la Etapa de Modernización y Expansión, fue culminado cumpliendo con los fines contractuales en cuanto a la funcionalidad y operación exigida en el marco de las disposiciones del Contrato de Concesión.</p>	
---	--

LO SEÑALADO POR EL MINISTERIO PUBLICO

El Señor Agente del Ministerio Público luego de analizar los diferentes laudos y acuerdos conciliatorios relacionados en la contestación de la demanda concluye en su

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

concepto: *“En suma, por todo cuando viene de indicarse, en opinión de esta agencia del Ministerio Público la excepción de cosa juzgada propuesta por la convocante no tiene vocación de prosperidad y, en consecuencia, se sugiere, respetuosamente, declararla como no probada”.*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Una vez planteado el asunto según los parámetros ya relacionados, el Tribunal considera importante realizar algunas consideraciones en cuanto a la institución de la cosa juzgada en el derecho colombiano, con la finalidad de contar con los elementos de juicio suficientes para entrar a resolver la excepción de cosa juzgada invocada por la convocada.

Sus fundamentos han sido establecidos por el Consejo de Estado así:

“La figura de la cosa juzgada emana de la soberanía del Estado para dotar de inmutabilidad, certeza y fuerza vinculante a las decisiones judiciales, así como proteger la seguridad jurídica de los asociados y de las entidades que intervinieron en un litigio anterior.⁵ Esta institución procesal evita que se presenten en el futuro demandas o procesos que versen sobre un asunto igual y ya decidido en sede judicial, lo que garantiza que no vuelva a reabrirse dicho debate ante la jurisdicción, salvo las excepciones legales.⁶

“A su vez, el artículo 303 del Código General del Proceso (CGP),⁷ aplicable por remisión del artículo 306 del CPACA, dispone que se configura la cosa juzgada cuando el nuevo litigio presenta identidad en los siguientes tres elementos, a saber:⁸

i) Partes. *Quienes concurren al nuevo proceso deben ser idénticas personas, naturales o jurídicas, que figuraban como sujetos procesales en el anterior.*

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, providencia del 5 de octubre de 2017, expediente 25000-23-42-000-2013-06646-02 (3073-16), M.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁶ Como ocurre con las causales de procedencia del recurso extraordinario de revisión.

⁷ «Artículo 303. Cosa juzgada. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.

En los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.

La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión».

⁸ Al respecto se puede consultar la sentencia del 26 de octubre de 2017, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, expediente 76001-23-33-000-2013-00041-01 (0692-16), M.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

ii) Objeto. Las pretensiones elevadas en el nuevo proceso son iguales a las reclamadas en el primero ya decidido.

iii) Causa petendi. El motivo o razón que fundamentó la primera demanda se corresponde con el invocado en la segunda.

“De esta manera, cuando en el nuevo proceso se pueda corroborar la existencia de una sentencia ejecutoriada que resolvió el asunto en anterior oportunidad y, además, que concurren los elementos enunciados, deberá declararse la configuración de la cosa juzgada y, en consecuencia, al juez no le será permitido pronunciarse sobre la prosperidad o no de las pretensiones, en tanto que no puede volver a decidir acerca de asuntos ya juzgados, so pena de quebrantar el principio de seguridad jurídica de las decisiones judiciales...”⁹

En igual sentido se ha señalado en sede arbitral¹⁰:

“Uno de los principios de mayor relevancia en los distintos ordenamientos jurídicos, con sobrada razón, es el de seguridad jurídica. Mediante éste se busca dar certeza a las personas, con el fin de que ellas puedan confiar en que las situaciones con relevancia jurídica se van a mantener estables no obstante el transcurso del tiempo. Por supuesto, lejos de comprender la seguridad jurídica como un postulado inamovible y absoluto, lo que se busca es que no haya cambios abruptos e inesperados que alteren gravosamente las relaciones con relevancia jurídica y la convivencia de las personas en sociedad.

En materia judicial, puntualmente, la seguridad jurídica se ve materializada, entre otras figuras, en la institución procesal de la cosa juzgada. Ésta se define como “(...) una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica”.¹¹

En línea con lo anterior, el Consejo de Estado ha señalado que la cosa juzgada “(...) se presenta cuando el litigio sometido a la decisión del juez, ya ha sido objeto de otra sentencia judicial; produce efectos tanto procesales como sustanciales, por cuanto impide un nuevo pronunciamiento en el segundo proceso, en virtud

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de marzo de 2011, expediente 17001-23-31-000-2004-01402-01(34396), M.P. Dra. Olga Mélida Valle de la Hoz.

¹⁰ Laudo del 27 de febrero de 2019. OPAIN S.A. vs Agencia Nacional de Infraestructura. Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Bogotá.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-774 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

*del carácter definitivo e inmutable de la decisión, la cual, por otra parte, ya ha precisado con certeza la relación jurídica objeto del litigio”.*¹²

En el sistema jurídico nacional el principio de seguridad jurídica se desprende de lo establecido en los artículos 2, 29 y 228 de la Constitución Política y su contenido ha sido desarrollado legislativamente. Así, por ejemplo, el artículo 189 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece lo siguiente:

“Artículo 189. Efectos de la sentencia.

“(…)

“La sentencia dictada en procesos relativos a contratos, reparación directa y cumplimiento, producirá efectos de cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos haya identidad jurídica de partes.”

En línea con lo anterior, el artículo 303 del Código General del Proceso es del siguiente tenor:

“Artículo 303. Cosa juzgada. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

“Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.

“En los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.

“La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión.”

De acuerdo con lo anterior para que opere la cosa juzgada deben acreditarse una serie de elementos de identidad entre el nuevo proceso y el que fue decidido con anterioridad. Estas son (i) identidad en el objeto; (ii) identidad en la causa; y (iii)

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 26 de junio de 2014. C.P. Danilo Rojas Betancourth.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

identidad en los sujetos. Sobre cada uno de ellos, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“Para que una decisión alcance el valor de cosa juzgada se requiere:

“- Identidad de objeto, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.

“-Identidad de causa petendi (eadem causa petendi), es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.

“-Identidad de partes, es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada.”¹³

Tenemos, entonces, que una decisión preexistente puede tener efectos vinculantes que impiden que lo que ya ha sido objeto de decisión sea nuevamente analizado en proceso posterior, siempre que exista, en primer lugar, identidad en el objeto, esto es, que se tengan las mismas pretensiones en los términos anteriormente referidos; es requerido igualmente que haya identidad en la causa, de tal manera que los hechos que sirven de fundamento para las pretensiones sean, en esencia, los mismos en ambos procesos; por último, se hace indispensable que haya identidad jurídica entre las partes, es decir, que se trate de los mismos sujetos procesales, o de sus sucesores.

Debe el Tribunal, en consecuencia, analizar los elementos aducidos por la Convocada respecto de la cosa juzgada en relación con las pretensiones que se analizan, teniendo en cuenta los criterios anteriormente referenciados.

Análisis de los requisitos propios de la cosa juzgada

Dedicará el Tribunal buena parte de su análisis a los dos primeros requisitos, esto es la identidad en el objeto y en la causa, teniendo en cuenta que el último de ellos, cual es la identidad jurídica de las partes en el presente caso resulta evidente, al tratarse

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-774 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

de controversias que han surgido entre la **SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL OPAIN S.A.** y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, y que en criterio de la convocada se ven reflejadas en decisiones anteriores entre iguales partes.

(i) Identidad en el objeto

Para identificar una posible identidad en el objeto, deberá el Tribunal entrar a hacer la comparación de las pretensiones que en criterio de la convocada, dan lugar a la configuración de la cosa juzgada.

El Tribunal observa, y en eso coincide con el Señor Agente del Ministerio Público, que las pretensiones formuladas objeto de nuestro estudio, no se orientan al mismo propósito.

Si bien es cierto en torno al descuento del 4% sobre los ingresos regulados y no regulados del concesionario conforme está establecido en la cláusula 24 del contrato, se han suscitado diversas controversias sometidas ante la justicia arbitral, en un principio entre la **AEROCIVIL** en su condición de entidad pública concedente, más adelante ante la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** en virtud de la subrogación realizada, encuentra el Tribunal:

En lo que respecta al Laudo proferido por el Tribunal Arbitral el 4 de octubre de 2012, las pretensiones allí solicitadas obedecían a otrosíes distintos (2 y 3 de contrato), y a la ineficacia que en criterio de **OPAIN** procedía frente a la obligación de depositar el citado 4% como consecuencia del período de extensión de la Etapa de Modernización y Expansión establecida en la cláusula 24. Al tratarse la controversia deferida a la decisión del presente Tribunal de pretensiones derivadas de los otrosíes 21 y 27, no puede predicarse que exista identidad de objetos.

En lo referente al principio de acuerdo conciliatorio suscrito el 31 de julio de 2014, presentado ante el Tribunal Arbitral el 9 de marzo de 2015 y aprobado por éste, según Acta 31 del 22 de abril del mismo año, se estableció expresamente en su Acuerdo sexto:

***“ACUERDO SEXTO.** Las partes convienen en que una vez culmine el plazo máximo previsto en la presente Conciliación para la ejecución de las obras, esto es el 31 de enero de 2016, para OPAIN y la ANI se restablece el derecho de acudir a cualquiera de los mecanismos legales existentes en nuestro ordenamiento jurídico, orientados a reclamar los perjuicios que eventualmente consideren les fueron ocasionados a partir del 1 de febrero de 2016, por situaciones futuras derivadas de este asunto, en los términos y condiciones previstos para ello en el contrato (esto es debidamente soportados y probados)...”*

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

En tal sentido el período comprendido con posterioridad al vencimiento del otrosí No. 12 podía ser objeto de adelantamiento de acciones ante la justicia arbitral.

Encuentra el Tribunal, entonces, que aunque expresamente se concilió en la mencionada acta la obligación a cargo de **OPAIN** de depositar el 4% los ingresos regulados y no regulados del concesionario en aplicación a la cláusula 24 del contrato¹⁴, no se renunció a la posibilidad de reclamar ante sede arbitral por los perjuicios que en criterio de **OPAIN S.A.** procedieran, con posterioridad a las fechas allí previstas, por aplicación de la misma estipulación contractual.

De igual forma, en el acuerdo conciliatorio suscrito el 16 de septiembre de 2016 y que fue aprobado por el Tribunal de Arbitral el 19 de septiembre del mismo año, las pretensiones giraban en torno a la controversia suscitada por el alcance de los ingresos derivados del contrato de arrendamiento del Terminal de Carga suscrito en su momento por el concesionario con OTCA, y que impactaban de igual forma en la regulación prevista en la cláusula 24 del contrato, no siendo posible afirmar que nos encontramos ante identidad de objeto.

Por su parte, el Laudo de fecha 11 de julio de 2018, no amerita una apreciación distinta, en la medida en que precisamente las pretensiones estuvieron encaminadas a establecer una posible proporcionalidad en la aplicación de la cláusula 24 del Contrato de Concesión, siendo materia distinta las pretensiones analizadas en el presente Tribunal, en las que no se pide dicha proporcionalidad – la improcedencia de esta sí ya decidida en el citado Laudo -, sino que se solicita ahora una posible indemnización y/o compensación como consecuencia de la extensión en tiempo de la Etapa de Modernización y Expansión prevista en los otrosíes 21 y 27.

(ii) Identidad en la causa

De igual forma encuentra el Tribunal que los hechos que dieron lugar a los Tribunales y al acta de conciliación antes enunciados, aunque parten de controversias derivadas de igual contrato entre iguales partes, por el límite temporal en que sucedieron, no puede afirmarse que se de en este caso identidad en la causa.

(iii) Identidad en los sujetos.

Como se expresó en la parte inicial no hay mayor problema en verificar que hay identidad en los sujetos de uno y otro proceso, pues ambos tienen como convocante a **OPAIN S.A.**, y como convocado a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**.

¹⁴ Así lo señaló el Acuerdo Quinto: "OPAIN reconoce que el presente acuerdo no suspende la aplicación de la Cláusula 24 del Contrato de Concesión No. 6000169OK de 2006, sin perjuicio de lo previsto en el Acuerdo sexto de la presente Conciliación..."

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

En desarrollo de lo anterior no se accederá a la excepción de cosa juzgada planteada por la Convocada y por lo tanto también la de falta de competencia del Tribunal.

3.2. INDEBIDA INTEGRACION DEL CONTRADICTORIO

En relación con la excepción de “INDEBIDA INTEGRACIÓN DEL LITISCONSORCIO POR NO HABERSE SOLICITADO VINCULAR A OTRAS PERSONAS QUE LA LEY DISPONE CITAR Y/O NO COMPRENDER LA DEMANDA A TODOS LOS LITISCONSORTES NECESARIOS – (LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL AERONÁUTICA CIVIL – UAE AEROCIVIL), el Tribunal reitera en esta oportunidad lo dicho en el Auto 5 de fecha 29 de enero del 2020, con fundamento en lo cual fueron desestimados los argumentos formulados con el fin de vincular a la AEROCIVIL como litis consorte necesario, toda vez que ya se dijo que:

“1. Las pretensiones cuarta y siguientes formuladas en la demanda hacen referencia a posibles consecuencias indemnizatorias y/o compensatorias derivadas de la aplicación de los otrosíes 21 y 27 al contrato de concesión 6000169 OK, los cuales fueron suscritos el 2 de septiembre del 2016 y el 25 de abril del 2018 respectivamente, entre la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y el concesionario, en virtud de la subrogación realizada entre la AEROCIVIL y la ANI del contrato de concesión.

“2. En efecto, dentro de la parte considerativa de los mencionados otrosíes se lee, de manera idéntica, el siguiente numeral 3:

*“3. Que el Contrato de Concesión fue subrogado a la **ANI**, en cumplimiento de lo ordenado por el Artículo Segundo del Decreto Ley 4164 de 2011, proceso que inició con la Resolución No. 7072 de 18 de diciembre de 2013, y culminó con la firma de los representantes legales de la **AEROCIVIL** y la **ANI** del Contrato de Concesión No. 6000169OK, el 27 de diciembre de 2013...”*

“3. De conformidad con lo señalado en los artículos 1 y 2 del mencionado Decreto 4164 de 2011, a más tardar el 31 de diciembre del 2013, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA se subrogó en la totalidad de los contratos de concesión asociados a las áreas de aeródromos. En particular, y frente a estos contratos, señaló expresamente el Parágrafo 1 del artículo 1 del mismo que:

“PARAGRAFO 1º. Los riesgos asociados a la gestión contractual de los contratos de concesión de las áreas de los aeródromos se entienden transferidos a partir de la subrogación de dichos contratos. En todo caso, para garantizar la debida defensa del Estado, la Unidad Administrativa de Aeronáutica Civil prestará el apoyo y acompañamiento necesario al Instituto Nacional de Concesiones (INCO) en los tribunales de arbitramento y procesos judiciales que este asuma.”

“4. Dicha labor de apoyo y acompañamiento por parte de la AEROCIVIL a la ANI en el caso de los Tribunales Arbitrales en virtud del contrato de concesión subrogado no conlleva, en criterio del Tribunal, la configuración de un

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

litisconsorcio al tenor del artículo 61 del Código General del Proceso. Refuerza lo anterior el hecho de que, una vez revisados los antecedentes existentes en procesos arbitrales tramitados entre las mismas partes, sólo en aquel decidido en el laudo del 11 de julio del 2018 se solicitó por la ANI y se accedió por el Tribunal la conformación del litisconsorcio necesario, obrando la negativa de la AEROCIVIL a ser parte del proceso; tan es así, que esa entidad ni siquiera contestó la demanda que le fue notificada.

“5. En lo que concierne a las pretensiones primera, segunda y tercera de la demanda formulada, encuentra el Tribunal que las mismas hacen referencia al alcance de la subrogación presentada, para lo cual no resulta necesaria la presencia de la AEROCIVIL como litisconsorte, por las razones ya expuestas.”

Al haberse incluido argumentos adicionales por la Convocada en el recurso de reposición interpuesto contra la citada decisión y cuyos apartes fueron transcritos anteriormente, en el Auto 6 proferido el 27 de febrero de 2020, el Tribunal tuvo en cuenta los argumentos planteados al momento de descorrer el traslado por el señor representante del Ministerio Público y con fundamento en ellos, concluyó lo siguiente, que también se reitera en esta providencia:

*“Con el fin de resolver el recurso objeto de análisis, el Tribunal reitera y en ello coincide con el Señor Agente del Ministerio Público, que las pretensiones Cuarta y siguientes de la demanda hacen referencia a posibles consecuencias indemnizatorias y/o compensatorias derivadas de la aplicación de los otrosíes No. 21 y 27 que tal como se relacionan en los apartes anteriores, fueron suscritos por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** y el Concesionario, el 2 de septiembre de 2016 y el 25 de abril de 2018 respectivamente.*

“Sobre este punto señaló el Ministerio Público:

‘Pues bien, de las diferentes disposiciones que se dejan transcritas, desde la óptica de esta agencia fiscal la definición sobre las pretensiones 4 y siguientes de la demanda no supone una decisión uniforme respecto de una relación jurídica que involucre a OPAIN, la ANI y la AEROCIVIL y que, por tal motivo, suponga una decisión que haga tránsito a cosa juzgada respecto de ésta última y que, en consecuencia, suponga su participación en el trámite...’.

... ello se sustenta en que, entre otros ‘... las pretensiones 4 y siguientes de la demanda no refieren a la titularidad, pacto, contenido, alcance o, en fin, disposición de la contraprestación pactada en el contrato de concesión subrogado y regulada, entre otras cláusulas, en las número 24, 55 y 60, por lo que los eventuales derechos de la AEROCIVIL derivados de este contrato, no se verían, en principio, afectados’.

“Por ende, y en tratándose de pretensiones relacionadas con la posible responsabilidad de quien obra como entidad contratante frente a los otrosíes referidos, reitera el Tribunal que no se reúnen los requisitos para la vinculación de la AEROCIVIL de conformidad con lo señalado por el artículo 61 del Código General del Proceso”.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Ahora, el Tribunal señala que es cierto que la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL - AEROCIVIL**, mediante la Resolución No. 3500 de 2006, adjudicó a OPAIN el Contrato de Concesión No. 6000169OK de 2006, con fundamento en lo cual, el 12 de septiembre de 2006, la AEROCIVIL y OPAIN suscribieron el Contrato de Concesión No. 6000169OK de 2006, para la administración, operación, explotación comercial, mantenimiento y modernización y expansión del Aeropuerto Internacional El Dorado de Bogotá D.C. También es cierto que entre 2006 y 2013, el citado Contrato de Concesión fue modificado por las Partes -AEROCIVIL y OPAIN S.A.-, mediante los siguientes documentos contractuales: Otrosí No. 1, suscrito el 2 de octubre de 2006; Otrosí No. 2, suscrito el 12 de noviembre de 2009; Otrosí No.3, suscrito el 24 de febrero de 2010; Otrosí No. 4, suscrito el 23 de julio de 2010; Otrosí No. 5, suscrito el 22 de octubre de 2010; Otrosí No. 6, suscrito el 2 de septiembre de 2011; Otrosí No. 7, suscrito el 8 de mayo de 2012; Otrosí No. 8 suscrito el 15 de junio de 2012; y, Otrosí No. 9, suscrito el 9 de noviembre de 2012. En tal virtud, al momento de la celebración tanto del Contrato de Concesión 6000169 OK el 12 de septiembre de 2006 como de los Otrosíes Nos. 1 a 9 a que se ha hecho referencia, la AEROCIVIL ostentaba la condición de entidad concedente del Aeropuerto “El Dorado”, que es la infraestructura objeto de concesión en dicho contrato.

Sin embargo, con el propósito de garantizar la eficiencia en la prestación del servicio público de transporte y hacer coherente la organización y funcionamiento del sector, el Decreto Ley 4164 de 2011, “*Por el cual se reasignan unas funciones y se dictan otras disposiciones*”, reasignó de manera parcial al Instituto Nacional de Concesiones - INCO, las funciones contempladas en los Numerales 7, 9 y 12 del Artículo 5, el Numeral 5 del Artículo 11 y el Numeral 2 del Artículo 17 del Decreto 260 de 2004.

En efecto, en dicha norma se determinó lo siguiente:

“Artículo 1. Reasignación de las Funciones Relacionadas con la Estructuración, Celebración y Gestión Contractual de Proyectos de Concesión Asociados a las Áreas de Los Aeródromos. Reasígnase parcialmente al Instituto Nacional de Concesiones (INCO) las funciones contempladas en los numerales 7, 9 y 12 del artículo 5°, numeral 5 del artículo 11 y el numeral 2 del artículo 17 del Decreto 260 de 2004, exclusivamente en lo relacionado con la estructuración, celebración y gestión contractual de los proyectos de concesión y de cualquier otro tipo de asociación público-privada referida a las áreas de los aeródromos –lado aire y lado tierra–, definidas estás de acuerdo con los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia. Las demás funciones, en especial las relacionadas con el ejercicio de la Autoridad Aeronáutica, Aeroportuaria y de la Aviación Civil seguirán siendo de competencia de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil”.
(Destacado fuera del texto).

En el párrafo 3 de ese mismo Artículo 1 se determinó así mismo que:

“Todas las referencias normativas que se refieran a funciones generales o específicas relacionadas con la estructuración, celebración y gestión contractual

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

de proyectos de concesión y otro tipo de asociación público-privada asociada a las áreas de los aeródromos-lado aire y lado tierra- que estén a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, deben entenderse referidas al Instituto Nacional de Concesiones o quien haga sus veces.”

Seguidamente, el Decreto 4165 de 2011, “*Por el cual se cambia la naturaleza jurídica, cambia de denominación y se fijan otras disposiciones del Instituto Nacional de Concesiones (INCO)*”, dispuso el cambio de la denominación y naturaleza del entonces establecimiento público Instituto Nacional de Concesiones INCO por la de Agencia Nacional de Infraestructura - ANI y en el artículo 3° determinó que su objeto es “Planear, coordinar, estructurar, contratar, ejecutar, administrar y evaluar proyectos de concesiones y otras formas de Asociación Público Privada - APP, para el diseño, construcción, mantenimiento, operación, administración y/o explotación de la infraestructura pública de transporte en todos sus modos y de los servicios conexos o relacionados y el desarrollo de proyectos de asociación público privada para otro tipo infraestructura pública cuando así lo determine expresamente el Gobierno Nacional respecto de infraestructuras semejantes a las enunciadas en ese artículo, dentro del respeto a las normas que regulan la distribución de funciones y competencias y su asignación.”

A su vez, tanto el Artículo 2 del Decreto 4164 de 2011 como el Artículo 27 del Decreto 4165 de 2011, fijaron un Período de Transición con ocasión a la reasignación parcial de las funciones de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil - AEROCIVIL al Instituto Nacional de Concesiones INCO/Agencia Nacional de Infraestructura ANI, de acuerdo con las cuales, el Instituto Nacional de Concesiones-INCO/Agencia Nacional de Infraestructura-ANI, asumiría el ejercicio de sus funciones a partir del primero de enero de 2012, con excepción de las competencias referidas a la gestión contractual de los Contratos de Concesión que hubieran sido celebrados hasta dicha fecha por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, las cuales serían asumidas por el Instituto Nacional de Concesiones-INCO/ Agencia Nacional de Infraestructura-ANI, en relación con cada uno de los citados contratos, a partir de la fecha en que se hiciera la subrogación de los mismos, a través de acto administrativo.

El Contrato de Concesión No. 6000169 OK del 12 de septiembre de 2006, fue uno de los Contratos de Concesión celebrados por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil - AEROCIVIL antes del 1° de enero de 2012, el cual debía ser objeto de subrogación a la Agencia Nacional de Infraestructura, en cumplimiento de lo preceptuado por el Artículo Segundo del citado Decreto Ley 4164 de 2011.

En desarrollo de lo previsto en los citados Decretos, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil - AEROCIVIL expidió la Resolución No. 07072 del 18 de diciembre de 2013, “por la cual se inicia el proceso de subrogación del Contrato de Concesión No. 6000169 OK del 12 de Septiembre de 2006 y sus otrosíes No(s) 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 suscrito por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil - AEROCIVIL

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

y la Sociedad Concesionaria Operadora Aeroportuaria Internacional S A. OPAIN S.A a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI”.

En cumplimiento de lo anterior, el 27 de diciembre de 2013, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil - AEROCIVIL y la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI suscribieron el Acta de Entrega y recibo del Contrato de Concesión No. 6000169OK del 12 de septiembre de 2006 y sus otrosíes Nos. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9.

Con fundamento en ello, precisamente en los Otrosíes Nos. 21 y 27 al Contrato de Concesión que fueron suscritos entre la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI y OPAIN S.A. el 2 de septiembre de 2016 y el 25 de abril de 2018, respectivamente, en los numerales 3 de uno y otro, las Partes expresamente señalaron “Que el Contrato de Concesión fue subrogado a la ANI, en cumplimiento de lo ordenado por el Artículo Segundo del Decreto Ley 4164 de 2011, proceso que inició con la Resolución No.7072 de 18 de diciembre de 2013, y culminó con la firma por los representantes legales de la AEROCIVIL y la ANI del Acta de Entrega y Recibo a favor de la ANI del Contrato de Concesión No.60001690K, el 27 de diciembre de 2013”.

Por tal razón, tal y como lo aceptó la misma entidad Convocada en sus alegatos de conclusión, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil - AEROCIVIL, ya no es parte del Contrato de Concesión No. 6000169OK del 12 de septiembre de 2006 modificado por sus otrosíes.

En consecuencia, al analizar la excepción propuesta y verificar de nuevo que la controversia gira en torno exclusivamente a los efectos del período de extensión de la Etapa de Modernización y Expansión entre 2017 y 2019, convenida en los Otrosíes Nos. 21 y 27 suscritos exclusivamente entre la Agencia Nacional de Infraestructura ANI -que en virtud de lo dispuesto en los Decretos 4164 y 4165 de 2011, subrogó a la AEOROCIVIL en lo relacionado con la gestión contractual- y la Sociedad Concesionaria OPAÍN S.A., el Tribunal señala que las pretensiones contenidas en la demanda subsanada pueden resolverse de fondo sin la intervención de la **AEROCIVIL**, razón por la cual no prospera la excepción de indebida integración del contradictorio.

3.3. Pruebas decretadas de oficio

De conformidad con lo previsto en los artículos 30 de la Ley 1563 de 2012 y 169 y 170 del Código General del Proceso, haciendo uso de su poder oficioso para verificar la realidad de la actuación contractual y en general los hechos objeto de examen, además de procurar el recaudo de varios documentos citados en los documentos que obran en el Expediente, entre ellos el Contrato de Concesión y sus correspondientes Otrosíes, y que ninguna de las Partes adjuntó íntegramente al proceso, por ser útiles para la verificación de los hechos relacionados con las pretensiones y las excepciones formuladas por las Partes, el Tribunal ordenó solicitar e incorporar al Expediente para su ulterior valoración, la copia de los Expedientes de los procesos arbitrales en los

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

cuales se produjeron los Laudos Arbitrales y los Autos que aprobaron acuerdos conciliatorios en los cuales han sido sujetos procesales las Partes de este proceso arbitral. Así mismo, ordenó solicitar copia de los documentos CONPES, algunos de los cuales, por expresa manifestación de las Partes forman parte de algunos documentos contractuales y otros, que se refieren a definiciones de política pública que sirven de referencia, con el alcance que la ley les otorga, para ilustrar algunos documentos contractuales.

Tal decreto y práctica de pruebas en ejercicio de su facultad y deber oficioso cuando sean necesarias o útiles, no es caprichosa ni mucho menos tiene por finalidad favorecer a ninguna de las Partes, sino que está amparada por el ordenamiento jurídico y solo tiene por objeto, como ocurrió en esta actuación arbitral, para esclarecer los hechos objeto de la controversia.

3.4. La responsabilidad contractual y el equilibrio económico y financiero del contrato

La visión privada de la responsabilidad contractual contribuye en mucho a establecer el alcance y características de la misma en el ámbito público. Sin embargo, éste último adquiere notas más amplias debido al interés general inmerso en cada una de sus actuaciones y desarrollos.

En efecto, la responsabilidad contractual del Estado ha surgido como producto de la conjunción de dos principios que en su momento se consideraron antagónicos, por un lado, el principio de igualdad de las partes en el desarrollo de los contratos, propio del derecho privado, y por el otro lado, el principio del interés general, que ha guiado el devenir del derecho público. Ambos principios, se han unido en torno a la consolidación de un esquema de responsabilidad contractual en el derecho público.

El derecho civil nos enseña que la responsabilidad contractual consiste en la obligación de reparar el daño derivado del incumplimiento de los compromisos contractuales. Esta definición parte, entonces, de la presencia de un deber de conducta contractual, encontrándose allí su diferenciación clásica con la responsabilidad extracontractual: la existencia o no de un contrato, y por ende la existencia o no de obligaciones contractuales.

Contrario sensu, la responsabilidad extracontractual obedece, bajo la óptica del derecho privado, a un “(...) *quebranto inmotivado de derechos e intereses protegidos*

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

por el ordenamiento jurídico, por inobservancia de deberes abstractos germinados en la vida en relación (...)."¹⁵

El alcance señalado, le imprime a la responsabilidad contractual en el ámbito del derecho privado, las siguientes características base:

1. Supone la existencia de un contrato, entendido éste como un acuerdo de voluntades - al menos bilateral - encaminado a constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas, de contenido patrimonial o extrapatrimonial.¹⁶

En este punto resulta de relevancia la definición legal que sobre el mismo se haya otorgado. Como especie del negocio jurídico, el contrato puede contener formalidades sustanciales, además de los requisitos esenciales o necesarios para su surgimiento. Allí varía el derecho público respecto del privado, en la medida en que por ejemplo en Colombia, no existen contratos estatales verbales, y por ello la formalidad escrita se vuelve *ad substantiam actus*.¹⁷

De igual forma, los debates sobre la existencia y validez de los contratos cobran vigencia, para determinar el alcance de la responsabilidad.

2. Los legitimados para realizar cualquier reclamación serán en principio las partes del contrato.

Resulta en principio claro que los legitimados para accionar en virtud de la responsabilidad contractual, serán por ende las partes del contrato. Sin embargo, en la estructuración del derecho privado de la responsabilidad contractual, se ha admitido que *"(...) excepcionalmente un tercero tendría legitimación para exigir responsabilidad (estipulación para otro o contrato a favor de terceros, acción subrogatoria u oblicua, etc.), por cuanto respecto de ellos es res inter alios acta, ni los aprovecha ni los perjudica (aliis neque nocere neque prodesse potest) (...).*"¹⁸

3. Se deriva del incumplimiento de las obligaciones contractuales. Se constituye el incumplimiento en la fuente de la responsabilidad contractual, surgido

¹⁵ NAMEN VARGAS, William. El dilema dicotómico de la responsabilidad contractual y extracontractual. Conferencia pronunciada en Primeras Jornadas de Derecho Privado: Tendencias de la Responsabilidad Civil en el Siglo XXI, Pontificia Universidad Javeriana, Pág. 4.

¹⁶ Señala MAZEAUD y TUNC: *"...El primer requisito parece no suscitar ninguna dificultad. Si el responsable y la víctima no se encontraban unidos por un contrato válido, no podría plantearse la cuestión de la responsabilidad contractual; la responsabilidad no podría ser sino delictual o cuasidelictual. Sin embargo, la aplicación de esa regla no es siempre tan sencilla como podría creerse; se advierte así cuando se examina uno por uno cada uno de sus términos..."*. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Tomo Primero. Volumen I op. cit. pág. 112.

¹⁷ Establece el artículo 41 de la ley 80 de 1993: *"... DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito..."*

¹⁸ NAMEN, William. El dilema dicotómico de la responsabilidad contractual y extracontractual. Op. cit. Pág. 6.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

precisamente de la existencia del contrato como condición *sine qua non* y sustrato esencial de la misma.

4. Desde antaño se debaten las posibles causas exonerativas frente a la responsabilidad contractual. Tradicionalmente se han centrado en la fuerza mayor o el caso fortuito.

El alcance de la responsabilidad contractual en el derecho del Estado. El caso especial colombiano

Adquiere importancia el análisis de los aspectos que han guiado la responsabilidad contractual estatal. En ella se encuentran elementos comunes con la responsabilidad contractual privada, en donde asume las características antes relacionadas. Sin embargo y sin duda los principios que hicieron surgir la responsabilidad administrativa o estatal frente al contrato, devienen en fundamentales para lograr establecer sus características diferenciales.

Siguiendo las características enunciadas para el derecho privado, podemos denotar los elementos comunes y diferencias frente al derecho contractual estatal:

1. La presencia del contrato. Como ya vimos en el derecho privado este elemento resulta esencial para hablar de responsabilidad contractual. El citado requisito se encuentra en el derecho de la contratación pública donde se le otorga de la misma manera una especial relevancia, y donde se hace necesario analizar los requisitos establecidos en cada normatividad frente a los elementos esenciales para la existencia y validez del contrato estatal. Si bien es cierto, buena parte de los países siguen los lineamientos del derecho privado a efectos de la determinación de un contrato existente y válido, el derecho público ha conllevado el establecimiento de requisitos que van más allá de los comunes ya referenciados.¹⁹
2. ¿El incumplimiento de las obligaciones contractuales, única fuente de la responsabilidad contractual del Estado? Aquí varía la percepción privada y pública del derecho de la responsabilidad contractual. Al respecto, se denota ya de por sí una diferencia en cuanto a la existencia en la contratación pública de etapas precontractuales obligatorias, de carácter legal, donde priman principios comunes

¹⁹ Ya lo vimos, en el derecho colombiano no se admiten contratos estatales verbales y por ende la formalidad escrita se vuelve sustancial para el acuerdo. En tal sentido señala el artículo 41 de la ley 80 de 1993: "...Del perfeccionamiento del Contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre un acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito..."

Otro ejemplo lo constituye el derecho español, donde la ley 30 de 2007 establecía en los artículos 27 y 28 específicas regulaciones en torno al tema, excluyendo los contratos estatales verbales: "...Artículo 27. Perfección de los contratos.

1. Los contratos de las Administraciones Públicas, en todo caso, y los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17, se perfeccionan mediante su adjudicación definitiva, cualquiera que sea el procedimiento seguido para llegar a ella.

2. Salvo que se indique otra cosa se entenderán celebrados en el lugar donde se encuentre la sede del órgano de contratación..."

"...Artículo 28. Carácter formal de la contratación del sector público. 1. Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga, conforme a lo señalado en el artículo 97.1., carácter de emergencia..."

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

en la mayoría de países. La presencia de estudios previos, prepliegos, pliegos de condiciones, hacen que se establezcan cláusulas que regirán el curso del contrato, y que requieren de parte del Estado, una diligencia suma en su confección. De por sí y en esto coinciden ambos derechos, la fuente principal de la responsabilidad contractual, siempre será el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato. Sin embargo, en contratación pública, se ha ligado la responsabilidad contractual a la teoría del equilibrio económico del contrato (incumplimiento contractual que genera desequilibrio económico), aunque existen doctrinantes que establecen diferencias entre ambas, como consecuencia del alcance de la imputación.²⁰

El propio Consejo de Estado, no ha escapado al citado debate; así puede leerse en la sentencia del 16 de septiembre de 2013:

“De ahí que la Sala estime necesario puntualizar que si bien algunas normas legales vigentes propician ese tratamiento indiscriminado de la figura del incumplimiento contractual como una de las génesis del desbalance de la ecuación contractual, lo cierto es que el instituto del equilibrio económico en materia de contratación tiene y ha tenido como propósito fundamental la conservación, durante la vida del contrato, de las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento del nacimiento del vínculo, sin que haya lugar a confundir esa institución con la materia propia de la responsabilidad contractual.

Precisamente con ese fin el ordenamiento positivo faculta hoy a las entidades contratantes para que, en sede administrativa, adopten los mecanismos encaminados a preservar esas condiciones y la dotó de instrumentos útiles tendientes a lograrlo, tales como la aplicación de los mecanismos de ajuste, actualización y revisión de precios, cuya materialización podrá efectuarse directamente por la Administración.

Muy por el contrario, cuando se examina el incumplimiento de uno de los extremos del negocio jurídico por razón de la inobservancia o del cumplimiento tardío o defectuoso del contenido obligacional de aquellas estipulaciones que de manera libre, voluntaria y vinculante acordaron las partes al tiempo de su celebración, naturalmente ello debe realizarse desde la perspectiva de la responsabilidad contractual, lo que a la postre faculta al otro contratante, siempre que hubiere cumplido con las obligaciones a su cargo o que hubiere estado dispuesto a satisfacerlas en la forma y tiempo debidos, para que, en sede judicial, pueda solicitar la resolución del respectivo vínculo negocial o su cumplimiento, ambas opciones con la correspondiente indemnización de los perjuicios causados o incluso, si a ello hubiere lugar, autoriza a la entidad estatal contratante para sancionar al contratista particular incumplido mediante la declaratoria de caducidad administrativa del contrato, o para declarar el

²⁰ Ver por ejemplo Hernández Silva Aida Patricia, La responsabilidad contractual del Estado: ¿una responsabilidad sin imputación? En revista de derecho privado No. 14. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C., 2008.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

incumplimiento con el fin de hacer efectiva la cláusula penal incluida en el contrato, tal como lo dispone el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, normativa que encuentra antecedente positivo en los artículos 71 y 72 del entonces vigente Decreto – ley 222 de 1983.”²¹

En desarrollo de lo anterior, este debate requiere el análisis de instituciones propias del equilibrio económico de los contratos, teoría ésta que se ha guiado por las tradicionales: incumplimiento de la Entidad contratante, el hecho del príncipe, el *ius variandi*, y finalmente la teoría de la imprevisión. En el escenario moderno han aparecido unas nuevas²².

²¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Expediente 30571.

²² Pareciera abrirse el tema con la formulación de la moralidad administrativa como derecho colectivo, tal como sucede en el derecho colombiano. Ello ha acarreado que el sistema judicialista incorpore la posibilidad por ejemplo de suspender un contrato estatal, como medida cautelar de un juez popular, sin que queden claras las consecuencias económicas de la mencionada formulación. Así en sentencia del 31 de octubre de 2002, el Consejo de Estado en su calidad de juez de una acción popular ordenó suspender un contrato estatal fundamentado en los siguientes aspectos: “... Cuando en la celebración de los contratos se desconocen los fines que deben inspirarla, entre ellos, el interés general, se incurre en desviación de poder, que es causal de nulidad absoluta de los contratos (ordinal 3 del art. 44 de la ley 80 de 1993) y además, pueden verse comprometidos derechos de naturaleza colectiva como la moralidad y el patrimonio públicos, que son protegidos a través de la acción popular. La ley 472 de 1998 no señala expresamente que los contratos de la administración pública puedan ser objeto del examen de legalidad a través del ejercicio de la acción popular. Sin embargo, el contrato es un instrumento para la inversión de los dineros públicos y como esta acción busca la protección de derechos colectivos que pueden resultar afectados por las actuaciones de los servidores públicos, se impone concluir que por la vía de la acción popular puede ser posible revisar la legalidad de un contrato estatal cuando éste pone en peligro o viola algún derecho colectivo. Considera la Sala que esta afirmación de la Corte en la sentencia C-088 de 2000 al decidir sobre la exequibilidad del artículo 40 de la Ley 472 de 1998, según la cual se advirtió que lo expuesto no significa que “a través de las acciones populares, se debatan y decidan controversias de tipo contractual, que tienen bien definidas las reglas que les corresponden y que son competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, conforme al estatuto contractual de la administración y al código respectivo”, no tiene carácter vinculante porque la decisión versó sobre la constitucionalidad de la disposición que ordena a los representantes legales de las entidades públicas responder solidariamente con los contratistas, en los eventos en los cuales se incurra en sobrecostos u otras irregularidades en la contratación estatal, pero no tenía por objeto definir la procedencia de la acción popular para la protección de derechos colectivos cuando su afectación estaba relacionada con la celebración de un contrato estatal. En la sentencia no se justificó por qué los asuntos contractuales no podían ser cuestionados ante el juez de la acción popular a pesar de que los mismos involucraran la vulneración de derechos colectivos y tampoco se condicionó el fallo en esos términos. Al precisar el alcance del respeto al precedente y la cosa juzgada constitucional, esa Corporación, en sentencia SU-047 de 1999. Concluyó la Corte Constitucional que en el sistema colombiano también había lugar a distinguir estos aspectos en una decisión judicial y señaló los efectos que produce cada uno de ellos, así: a) la parte resolutive o decisorio hace tránsito a cosa juzgada, con efecto erga omnes, en los juicios de constitucionalidad; b) la ratio decidendi tiene efectos vinculantes por constituir la cosa juzgada implícita, y c) los obiter dicta sólo tienen fuerza persuasiva pero no obligatoria. En consecuencia, la afirmación hecha por la Corte Constitucional en la sentencia C-088 de 2000 de que a través de las acciones populares no pueden ser debatidas ni decididas controversias de tipo contractual, constituye un obiter dicta o dicho al pasar y por lo tanto, carece de fuerza obligatoria. En este orden de ideas, el juez de la acción popular es quien tiene competencia para definir los eventos en los cuales para protección del derecho o interés colectivo hay lugar a examinar la legalidad de un contrato estatal ...”

En la citada sentencia se suspendieron los efectos del contrato estatal, hasta cuando se decidiera sobre la nulidad del mismo en sede de la jurisdicción contencioso administrativa.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

En tal sentido la fórmula indemnizatoria o compensatoria, variará de acuerdo con cada una de ellas²³.

3. En cuanto a la legitimación, se sigue la regla del derecho privado, en tanto que los legitimados serán las partes contratantes. Sin embargo, por la clara protección de los intereses públicos, se autoriza a los representantes del Ministerio Público o quien haga sus veces, para participar como parte. De igual forma, se ha introducido el concepto de interés directo en el caso de terceros que puedan verse afectados por la ejecución y desarrollo del contrato.
4. Sobre las causales exonerativas de la responsabilidad contractual en derecho público, se ha tomado la ya decantada figura del derecho privado: la fuerza mayor. No existe sin embargo mucha claridad sobre la aplicación de la culpa exclusiva de la víctima y el hecho exclusivo de un tercero, a diferencia de lo que sucede en el plano de la responsabilidad extracontractual.

Los principios fundamentales de la responsabilidad contractual en derecho público

La partición que ha implicado hablar de responsabilidad en derecho público, conllevó la búsqueda de sus fundamentos en el desarrollo constitucional de cada país.

Ello llevó, tal como lo hemos establecido en apartes anteriores, a la introducción de normas específicas constitucionales sobre la materia.

Siguiendo a MARIENHOFF y a CASSAGNE, puede afirmarse que la responsabilidad del Estado tiene claros principios constitucionales, a pesar del señalamiento específico que sobre el tema hayan hecho ciertos países. En efecto, tendrían que diferenciarse los principios de los presupuestos, los cuales obedecen a los elementos para la determinación de la responsabilidad.

Los primeros, sus principios fundamentales, hacen referencia en palabras de CASSAGNE a “(...) *ciertos principios generales que constituyen el basamento del edificio en que se asienta y fundamenta el ordenamiento jurídico en general, insertándose, particularmente, en la Constitución, aunque pueden existir también principios fundamentales que no se hayan incorporado, en forma positiva y expresa, a la ley fundamental (por ejemplo, el principio general de la buena fe) (...).*”²⁴

Tenemos entonces que existen principios que determinan la procedencia de la responsabilidad del Estado, ligada ésta última en su fundamento como ya se ha dicho

²³Artículo 5 numeral 1 de la ley 80 de 1993.

²⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Editorial Marcial Pons. 2009. Buenos Aires, Argentina. Pág. 35.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

al Estado de Derecho en concepto de MARIENHOFF²⁵, e íntimamente ligada tal concepción a los principios de derecho natural incorporados en el plano constitucional en criterio de CASSAGNE²⁶. Son algunos de ellos:

“1º. El respeto del derecho a la vida y en general a la integridad física del hombre, pues tal derecho, aunque no expresamente, surge implícitamente de la Ley Suprema, ya que su existencia y reconocimiento es requisito “sine qua non” para que el hombre goce de todos los demás derechos expresamente reconocidos por la Constitución. El derecho a la vida actúa como obvia garantía constitucional innominada: sin él no es posible el ejercicio de ninguno de los otros derechos reconocidos expresamente. Recuérdese que, como alguien dijo, la vida es para el derecho y la libertad lo que para los cuerpos el espacio, lo que para los hechos el tiempo. El respeto debido al derecho a la “vida” y a la integridad física del hombre es, en síntesis, el fundamento de la responsabilidad del Estado por la muerte o lesión física causada a una persona al ser ésta, por ejemplo, embestida con un automotor de propiedad de aquél – máxime si en la especie no hubo precisamente “culpa” del Estado, o al recibir una herida de bala por la actuación de un guardián del orden, etc.

2º. El respeto a los “derechos adquiridos” o, en otras palabras, el respecto a la “propiedad”, todo lo cual surge del artículo 17 de la Constitución.

3º. Las específicas normas sobre “expropiación” por utilidad pública, calificada por Ley y previamente indemnizada. Estas normas constituyen un “principio general”, de aplicación no sólo en los supuestos específicos de “expropiación”, sino en todos los supuestos en que un derecho individual cede o sufre menoscabo por utilidad o interés público.

4º. La igualdad ante las cargas públicas.

5º. El afianzamiento de la justicia

6º. El reconocimiento de los derechos esenciales (mencionados en el artículo 14)

7º. Las garantías a la libertad (artículo 18)

²⁵ Señala MARIENHOFF: “...Tal fundamento no es otro que el “Estado de Derecho” y sus postulados, cuya finalidad es proteger el derecho. Es de esos principios, o postulados, que forman un complejo y que tienen, todos, a lograr la seguridad jurídica y el respeto del derecho de los administrados, de donde surge el fundamento de la responsabilidad estatal en el campo del derecho público. Los principios aludidos resultan de la Constitución Nacional, como así de las generosas expresiones de su Preámbulo y de ciertos principios capitales del derecho (“no dañar a otro”; “dar a cada uno lo suyo”) que, por cierto, también integran nuestro ordenamiento jurídico, como el de todo país civilizado...”. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV. op. Cit. Pág. 724.

²⁶CASSAGNE, Juan Carlos. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. La Ley. Buenos Aires. 2011. Páginas 395 y ss.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

8º. El que surge del artículo 15 de la Ley Suprema, en cuyo mérito “en la Nación Argentina no hay esclavos; los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración” (...).

9º. El artículo 100 de la Ley Suprema, del cual dedúcese la posibilidad de someter a juicio al Estado (...).”²⁷

En desarrollo de lo anterior, la base de la responsabilidad del Estado tanto contractual como extracontractual, encuentra buena parte de sus elementos en la necesaria compaginación de los principios constitucionales citados con las lesiones causadas a partir de las diferentes actividades que asuma.

Los elementos de la responsabilidad contractual del Estado y del contratista

Se han establecido los siguientes elementos comunes a la responsabilidad contractual del Estado y del contratista:

1. Existencia de un contrato estatal
2. Hecho u hechos dañosos
3. Daño antijurídico
4. Nexo causal
5. Imputación jurídica al Estado o al contratista del daño antes relacionado

La consideración sobre la antijuridicidad y su alcance, ha partido de la clásica noción de la oposición al derecho. La distinción entre lo ilícito o lícito, hace que deba abordarse de forma puntual el alcance de la antijuridicidad frente a la teoría de la responsabilidad del Estado.

La antijuridicidad (oposición al derecho) tal como lo plantea DE CUPIS:

“(...) presupone un exacto conocimiento del concepto de derecho. La expresión derecho tiene diferentes significados, indicando tanto un conjunto de normas o reglas jurídicas (derecho objetivo), como una facultad de querer conformarla al derecho objetivo (derecho subjetivo) o, finalmente, como objeto del derecho correspondiente a un sujeto, dando de lado a los significados secundarios de ciencia o arte del derecho. Cuando se habla de antijuridicidad, con ello se pretende referir al derecho entendido en los dos primeros significados, o sea, el derecho objetivo y al derecho subjetivo (...).”²⁸

La dificultad se plantea frente al concepto de derecho, el cual puede tener diferentes interpretaciones.

²⁷MARIENHOFF. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV. Op. cit. pág. 725.

²⁸DE CUPIS, Adriano. El daño. Editorial Bosch, Barcelona España. 1975, pág. 84.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Tal como fue abordado anteriormente la responsabilidad contractual en el derecho privado, remontó la antijuridicidad a la causa del daño, en este caso el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Así lo expone DE CUPIS: “(...) *La elección recae, ante todo, en el daño ocasionado por un acto humano antijurídico, y es éste precisamente, su aspecto visible (...).*”²⁹

Esa noción propia del derecho privado, ha extendido su campo de aplicación a las actividades legítimas en el campo del derecho público. En ese orden de ideas y tal como se ha expuesto con anterioridad, la antijuridicidad se desplaza de la causa al daño mismo.

Sin embargo, se encuentran nuevas tendencias, en relación con esta concepción en el derecho privado. Tratadistas como Miguel Federico de Lorenzo, critican esta postura, y por ende consideran que debería hablarse de daño injusto, dejando de lado el concepto de antijuridicidad. Se trata de una noción de tinte civilista, pero que ha comenzado a hacer carrera dentro de parte de la doctrina pública. Al respecto señala:

“(...) El nuevo horizonte del derecho de daños está constituido precisamente por un sistema que se configura a partir del detrimento sufrido injustamente, y con independencia de la ilicitud de la conducta que lo ocasiona. La elaboración de la responsabilidad civil sobre la base de la antijuridicidad concebida como conducta contraria al orden jurídico, no sólo resulta desaconsejable en cuanto no suministra un parámetro adecuado para la solución de los innumerables conflictos de intereses que se suscitan a partir de conductas no prohibidas o ajustadas al ejercicio de un derecho, sino que a los fines de lograr una teoría funcional y dinámica del ilícito –omnicomprensiva de las nuevas figuras dañosas – los autores se ven forzados a dilatar a tal punto la noción, que en definitiva se la hace coincidir con valoraciones axiológicas y metajurídicas que terminan por disolverla en un sistema valorativo de resultados ex post facto.

Además de ello, las innumerables hipótesis de repartición del daño que el legislador realiza – según exigencias de justicia – no parece que puedan conglobarse – sin quebrantar la lógica – en torno a la noción de ilicitud. Antes bien, el simple repaso de diversas fattispecies expresamente previstas en nuestro ordenamiento positivo, corroboran la tesis que para fundamentar el trasvasamiento del menoscabo, y por razones de política legislativa, se recurre a una multiplicidad de criterios, que sólo se vinculan entre sí a través de los fines a los que se hallan ordenados (...).

²⁹Ibíd., pág. 84.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

*(...) De lo expuesto surge la conveniencia de una reelaboración del fenómeno resarcitorio a partir de la prescindencia del presupuesto de la ilicitud, centrando, por el contrario, toda la teoría del responder sobre una nueva estructura, más funcional y dúctil a la hora de brindar una respuesta al permanente problema del daño sufrido. A tales fines, se proyecta, como una posible superación del esquema cuyo abandono se propone, la transferencia del menoscabo a partir de su categorización como daño injusto (...).*³⁰

Esta novedosa teoría, implicaría basar la responsabilidad sobre el daño injusto, sobre la *“base de un criterio valorativo que permita establecer, frente a cada caso, si un determinado interés es merecedor de tutela.”*³¹ Sin embargo, el derecho colombiano siguió la fórmula de la antijuridicidad, pero trasladándola de la acción u omisión al daño.

En cuanto a los títulos jurídicos de imputación, si bien es cierto el Consejo de Estado realiza la distinción entre la responsabilidad contractual y la teoría del equilibrio económico financiero, lo cierto es que ambas pueden generar responsabilidades a favor de cualquiera de las partes del contrato. Así hoy está claramente aceptado que el desequilibrio económico y financiero puede sufrirlo no solamente el contratista afectado sino también la entidad contratante.

En tal sentido ha señalado:

*“Este enfoque del equilibrio económico permite concebir esa institución como un derecho o facultad del cual son titulares, en igual medida, las dos partes de la relación contractual.”*³²

En efecto, nuevos escenarios se han planteado por la doctrina en desarrollo de la responsabilidad contractual. En tal sentido señala OUM:

*“La noción de responsabilidad contractual está fundada en la idea del equilibrio contractual. Se trata de dos modos de compaginar los diversos elementos del contrato, bien sea, una relación lógica entre las normas contractuales (equilibrio formal), bien sea, una cierta cualidad en el contenido del contrato en vista de la realización de un intercambio económico (equilibrio material)...”*³³

A partir de lo antes señalado, se ha establecido que la responsabilidad contractual en el campo del derecho público, es una manifestación del equilibrio contractual y expresión de la justicia conmutativa. En ese orden de ideas, se ha desarrollado dentro

³⁰ DE LORENZO, Miguel Federico. El Daño injusto en la responsabilidad civil. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1996. Pág. 22.

³¹ Cita del prólogo del libro de DE LORENZO, por parte de José W. TOBIAS.

³² Consejo de Estado. Sentencia del 12 de marzo de 2014. Radicación: 41001233100099800884 01

³³ OUM OUM, Joseph Frank. La Responsabilité contractuelle en Droit Administratif. LDGJ, París, 2014. Pág. 169.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

de la primera manifestación la noción de responsabilidad contractual sin falta y dentro de la segunda, la equidad como fuente imperfecta de esta responsabilidad.

Así parte de la doctrina moderna señala que la indemnización derivada del equilibrio económico está ligada a la responsabilidad contractual, bien sea porque las cláusulas del contrato o la propia ley establezcan la obligación de equilibrar. En tal sentido se ha señalado:

*“Como consecuencia, en la teoría del hecho del príncipe como el resto en el de la ecuación financiera, la presencia de elementos ligados a la sanción y la reparación confieren indudablemente a la indemnización relativa al cocontratante de la administración las características de una responsabilidad contractual administrativa...”*³⁴

En desarrollo de lo anterior y tal como será explicado al analizar las pretensiones cuarta y siguientes de la demanda principal, no encuentra el Tribunal que las mismas adolezcan de incongruencia, por cuanto tienen fundamento en la noción amplia de responsabilidad derivada de daños imputables al Estado, tal como ha sido estudiado a lo largo de este numeral.

3.5. La interpretación contractual

La interpretación contractual tiene como base a su vez la interpretación jurídica, la cual puede definirse *“(...) como la operación a través de la cual se intenta establecer el alcance jurídico de un acto, y el cuerpo de criterios, principios y reglas que rigen esta operación. En el campo jurídico, la interpretación se refiere exclusivamente a actos jurídicos.”*³⁵

La doctrina ha distinguido varios elementos de la interpretación:

En primer lugar, los sujetos. Aunque algunos autores consideran que los destinatarios de la interpretación son los jueces³⁶ es ineludible entender que también lo son las partes³⁷ de una controversia, en este caso tanto la entidad contratante como su contratista.

El segundo elemento lo constituye el objeto de la interpretación. Cuando de contratos se trata lo señala RIVERO YSERN:

³⁴ OUM OUM, Joseph Frank. Op. Cit. Pág. 245.

³⁵ RIVERO YSERN, Enrique. La interpretación del contrato administrativo. Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla, 1971, págs. 7 y ss.

³⁶ A favor de esta teoría están Calamandrei, Danz y Santoro Passarelli.

³⁷ Consideran esta teoría Scognamiglio, Giannini, Carnelutti y Osti.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

“(…) Giannini manifiesta que el objeto de la interpretación jurídica es siempre una exteriorización de voluntad; una voluntad manifestada, positiva o negativamente que, en forma de acto jurídico, tiende a producir, directa o indirectamente, efectos jurídicos. Una vez reconocido que el objeto de la interpretación jurídica es exclusivamente la voluntad, el jurista no tiene que añadir nada sobre el particular (...).”³⁸

En lo que respecta a los momentos y funciones de la interpretación, se señalan dos circunstancias: la fijación de los hechos, y su calificación jurídica.³⁹

Por su parte, en lo que concierne a sus funciones se pueden establecer las siguientes:

*“(…) **declarativa**, que es la que corresponde a la interpretación considerada en sentido estricto; se pretende descubrir, explicar o traducir lo querido con la declaración. **Complementaria**, que supone salir del estricto ámbito interpretativo y pasar al de la conjetura; para esto se acude a la interpretación objetiva. **Reconstructiva**, que tiene lugar en los casos excepcionales en los cuales, para conseguir en lo principal la validez del negocio, se requiere alterar la regla establecida en la declaración. En estos casos, el intérprete debe investigar si cabe inducir una voluntad favorable al cambio, basándose en la conducta negocial y utilizando, en su caso, las presunciones (...).”⁴⁰* (Destacado con negrilla por fuera del texto original).

En lo que concierne a los medios interpretativos puede señalarse siguiendo al citado autor:

“Para la actividad interpretativa, señala Giannini el Ordenamiento remite a la habilidad y capacidad del intérprete, y los textos legales que directa o indirectamente contemplan la interpretación, dejan un margen de notable entidad a esta actividad que puede llamarse técnica interpretativa. El intérprete utiliza dos tipos de medios interpretativos: los intrínsecos y los extrínsecos. Los primeros pueden deducirse directamente de la exteriorización del acto, como el uso gramatical de las palabras, su conexión sintáctica, su valor lógico, semántico, el sentido tradicional atribuido a algunas expresiones. Los segundos son extraños a la exteriorización del acto; el uso de expresiones propias exclusivamente del declarante, la conexión de aquellas interpretaciones con precedentes declaraciones y exteriorizaciones de sus deseos, sentimiento, voluntad (...).”⁴¹

³⁸ RIVERO YSERN, Enrique. La interpretación del contrato administrativo. Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla, 1971, págs. 7 y ss.

³⁹ Según RIVERO YSERN: “(…) Estos momentos se distinguen lógicamente, incluso jurídicamente, y se pueden denominar, el primero, reconstrucción del hecho, y el segundo, calificación jurídica. La interpretación jurídica, no obstante, como búsqueda de la consistencia jurídica de un acto, consta de ambos momentos. La sola calificación jurídica de un acto no es suficiente para que pueda hablarse de interpretación. En toda interpretación, existen ambos momentos.

⁴⁰ RIVERO YSERN, Enrique. La interpretación del contrato administrativo. Op. Cit. Págs. 10 y ss.

⁴¹ RIVERO YSERN, Enrique. La interpretación del contrato administrativo. Op. Cit. págs. 12 y ss.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Por último, y en lo referente a los principios rectores aplicables a la interpretación contractual encontramos como principales el de la búsqueda de la común intención de las partes y el atinente a la buena fe.

Sobre el primero ha señalado la doctrina:

“De allí que, de la mano del Profesor Doménico Barrero, expresemos que, “en el negocio jurídico (manifestación voluntaria de intención), el dato a escrutar es “la manifestación negocial”, el valor a reconocer, la “intención” (...) No es exacto, a nuestro juicio, que la investigación de la intención no sea cometido del intérprete; la intención como dato innegable subjetivo, no puede ser más que un dato de hecho y, por tanto, entra seguramente dentro del ámbito de la que es la indagación interpretativa: sólo que entra en él –no siendo conocido todavía-, no como objeto, sino como fin de la interpretación, o si se prefiere, como objeto de la investigación a la cual se quiere llevar mediante la interpretación de los datos de hecho relevantes”.”⁴²

En cuanto al segundo:

“De otro lado, a fin de evitar equívocos, delantamente importa mencionar, así luzca elemental, que la buena fe interpretativa no alude a la que le incumbe al intérprete, debido a que éste, se da por sobreentendido, debe actuar diligente, honrada, proba y correctamente en el desempeño de su elevada misión. Ella se refiere a que en esta actividad debe tomarse en cuenta este principio orientador para fijar el contenido y proyección del contrato, específicamente el alcance de las prestaciones y derechos de él emanados.”⁴³

3.6. La buena fe y los actos propios

El principio de la buena fe⁴⁴, con un claro fundamento constitucional, se manifiesta tanto en el derecho privado como en el derecho público. Tal como lo señala Esguerra

⁴² JARAMILLO, Carlos Ignacio. Principios Rectores y Reglas de interpretación de los contratos. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá D.C., 2016. Página 123.

⁴³ JARAMILLO, Carlos Ignacio. Principios Rectores y Reglas de interpretación de los contratos. Op. Cit. Página. 178

⁴⁴ Sobre la distinción del concepto y el principio de la buena fe, señala Sergio MUÑOZ LAVERDE: “... La doctrina coincide en que son dos los significados básicos de la buena fe. El primero de ellos se relaciona con la buena fe subjetiva, también denominada buena fe creencia, que consiste, básicamente, en la convicción genuina, errada o no, del propio actuar probó, honrado y ajustado a derecho, apoyado en la confianza que brinda la apariencia jurídica. Varias son las disposiciones legales en las que se regula, con efectos particulares, esta concepción de buena fe de la que es ejemplo arquetípico el artículo 768 del Código Civil (buena fe posesoria), según la cual la buena fe “es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio”, lo que en los títulos traslativos “supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla...”. El segundo significado de buena fe es puramente objetivo. En esta acepción se entiende como

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Portocarrero, la buena fe nació “(...) *ajena al derecho público y, muy particularmente, a las relaciones entre los asociados y el Estado, usualmente presididas por una cierta dosis de mutuo recelo.*”⁴⁵ Su temprana inserción en los diferentes Códigos Civiles⁴⁶, hizo que su consolidación como principio general del derecho tuviera un desafortunado retraso, al ser aplicable de forma exclusiva a las regulaciones entre privados.

Su noción se enmarca en lo que González Pérez enuncia de la siguiente forma:

*“La buena fe, a cuyas exigencias han de ajustar su actuación todos los miembros de la comunidad, sólo puede predicarse en sus recíprocas relaciones, de la actitud de uno en relación con otro. Significa –dice LACRUZ- que este otro, según la estimación habitual de la gente, puede esperar determinada conducta del uno, o determinadas consecuencias de su conducta, o que no ha de tener otras distintas o perjudiciales (...).”*⁴⁷

Es decir, nos encontramos ante un principio general del derecho, cuya existencia como tal no depende de su consagración normativa, sino que por el contrario, constituye un *prius* lógico respecto a los textos normativos informados por él. Su reconocimiento, que muchas veces se hace en un texto legal, tiene también desarrollos constitucionales. Al respecto señala GORDILLO:

*“La Constitución y el orden jurídico supranacional e internacional no sólo tienen normas jurídicas supremas; tiene también y principalmente principios jurídicos de suma importancia (...). El principio determina en forma integral cuál ha de ser la orientación del acto de creación o aplicación del derecho (...).”*⁴⁸

La mencionada regla ha adquirido relevancia fundamental en el campo de la contratación pública. En efecto, su consagración como principio general del derecho, expresado en su presencia dentro del texto normativo de la Constitución, hace que su

criterio de comportamiento socialmente esperado, vale decir, como imperativo de conducta recta, honrada y diligente...

La anfibia de la expresión ha llevado a la doctrina a distinguir entre el “concepto” y “el principio” de buena fe. En esta línea de pensamiento el “concepto” de buena fe se identifica con la noción subjetiva, al paso que el “principio” lo hace con la objetiva...” El principio de buena fe y su incidencia en la interpretación del contrato. Nulidad de las cláusulas abusivas en el derecho colombiano. En realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI. Editorial Temis. Bogotá, 2010, págs. 212 y ss.

⁴⁵ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. La protección constitucional del ciudadano. Editorial Legis. Bogotá. pág. 67. 2004.

⁴⁶ Como muestra de ello podemos citar los artículos 768 y 769 del Código Civil Colombiano: “La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo vicio” “La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria...”; el artículo 1134 del Código Civil francés en lo que concierne a que las convenciones legalmente celebradas “deben ser ejecutadas de buena fe”.

⁴⁷ GONZALEZ PEREZ, Jesús. El principio general de la buena fe en el derecho administrativo. Editorial Civitas, Madrid. 1999. Págs. 71 y ss.

⁴⁸ GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Editorial Fundación de Derecho Administrativo. Tomo I. Buenos Aires. 2009. Capítulo VI, página 25.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

aplicación sea obligatoria y por ende exigible en el ejercicio de los derechos, en el cumplimiento de las obligaciones y en el momento de la confección de actos jurídicos⁴⁹.

Así, en el terreno material como principio general del derecho, cumple varias funciones, entre ellas la de ser fundamento del ordenamiento jurídico⁵⁰, servir de fuente interpretativa⁵¹, integradora⁵² y como límite en el ejercicio de derechos⁵³.

En tal sentido señala DIEZ PICASO:

“La buena fe es tomada en cuenta por el ordenamiento jurídico con una pluralidad de matices y de consecuencias. Sin pretender hacer una enumeración exhaustiva de las mismas podemos destacar las siguientes:

- a) La buena fe es considerada en primer lugar como una causa de exclusión de la culpabilidad en un acto formalmente ilícito y por consiguiente como una causa de exoneración de la sanción o por lo menos de atenuación de la misma.*
- b) La buena fe es tomada en cuenta en segundo lugar como una causa o una fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella. Las partes no se deben sólo a aquello que ellas mismas han estipulado o escuetamente a aquello que determina el texto legal, sino a todo aquello que en cada situación impone la buena fe.*

⁴⁹ Al respecto señala GONZALEZ PEREZ: “Y no sólo cuando ejerce potestades típicamente discrecionales: no sólo como una última posibilidad de control de aquella actividad administrativa que se mueve dentro de un margen de discrecionalidad más o menos amplio. Si no, también, cuando ejercita potestades regladas. Por supuesto, el de la buena fe, como los demás principios generales, constituye, uno de los más preciados criterios a tener en cuenta al enjuiciar las actuaciones discrecionales, y tendrá en ellas su más amplio campo de aplicación. Pero jugará también un decisivo papel cuando la Administración realice actividades regladas. Porque como tal principio informará la interpretación de la norma, acto o contrato que reglamenta la actividad, además de imponer, sin distinción alguna, que el ejercicio de derechos o potestades y el cumplimiento de obligaciones y deberes se conforme a las exigencias de la buena fe...”. En el Principio General de la Buena fe en derecho administrativo. Op. Cit. Pág. 39.

⁵⁰ Sobre esta característica establece GONZALEZ PEREZ: “... Una norma legal que contraviniese un principio general, cualquiera que fuera el rango, procedimiento y mayoría con que se hubiese aprobado, quedaría tan sólo en una regla con pretensiones de justicia, que no sería Derecho, sino sólo arbitrariedad...” El Principio General de la Buena fe en derecho administrativo op. cit. pág. 82

⁵¹ En el mismo sentido señala GONZALEZ PEREZ: “...Con independencia de su reconocimiento legislativo, el principio de buena fe, en cuanto principio general del Derecho, cumple una función informadora del Ordenamiento jurídico, y como tal, las distintas normas deben ser interpretadas en armonía con él...” El Principio General de la Buena fe en derecho administrativo. op. Cit. Pág. 84.

⁵² Hace referencia a la función integradora del principio general de la buena dentro del derecho privado y que se ha hecho extensivo al derecho administrativo.

⁵³ Esta función hace referencia a la imposición de una “... dirección al comportamiento de los hombres en sus relaciones con los demás...” GONZALEZ PEREZ, Jesús, El Principio General de la Buena fe en derecho administrativo. Op. Cit. Pág. 88.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

- c) *La buena fe es finalmente una causa de limitación del ejercicio de un derecho subjetivo o de cualquier otro poder jurídico (...).*⁵⁴

En el Derecho colombiano existen varias normas que consagran en el campo de la contratación pública la obligación para la Administración y para el contratista de seguir los mandatos de la buena fe, en las etapas de formación, ejecución y liquidación del contrato. En ese orden de ideas, el artículo 5 numeral 2 de la Ley 80 de 1993 consagra como deber de los contratistas colaborar “(...) con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramamientos que pudieran presentarse (...).” Por su parte, el artículo 23 señala que a las actuaciones contractuales se aplicarán “(...) las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del Derecho Administrativo.” Por último, en el artículo 28 se establece que en la interpretación de las reglas que rigen los contratos estatales “(...) relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza los contratos conmutativos (...).”

El citado principio tiene especial relevancia en la etapa de formación del contrato, de acuerdo con las consideraciones legales ya señaladas y con el tratamiento jurisprudencial de la materia por el Consejo de Estado:

*“En la etapa de formación del contrato, el principio general de la buena fe necesariamente está llamado a orientar el procedimiento de selección del contratista, cuestión que ha de materializarse desde la elaboración del pliego de condiciones, documento que debe reflejar la realidad técnica y financiera del proyecto a contratar, previa elaboración de estudios juiciosos y completos, la Administración no puede improvisar en sus pliegos el alcance, costo y tiempo de ejecución del proyecto, partiendo de supuestos que no han sido analizados y comprobados, puesto que una conducta tal, atentaría contra el principio de la buena fe contractual (...).”*⁵⁵

En la etapa contractual el postulado de la buena fe ha tenido desarrollo en el principio de confianza legítima.⁵⁶ Este principio, que guarda imbricaciones recíprocas con el de

⁵⁴DIEZ-PICASO, Luis. Prólogo del libro El principio general de la Buena fe. WIEACKER, Franz. Editorial Civitas. 1977. Madrid. Página 19.

⁵⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2007.

⁵⁶ Sobre su concepto señala Pedro José COVIELLO: “... La locución “confianza legítima” deriva de la palabra alemana Vertrauensschutz, que en su textual traducción significa “protección de la confianza”, a la que luego se agregó “legítima”, que es la más utilizada en las versiones francesas y españolas. En italiano se usa en algunos

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

la buena fe, encuentra en el derecho colombiano sus presupuestos en los elementos que a continuación se relacionan:

“(…) Los principios de confianza legítima del particular en las actuaciones del Estado o de la buena fe en las actuaciones de los administrados, derivadas de los principios de legalidad, igualdad y seguridad jurídica propios del Estado Social de Derecho, limitan las decisiones discrecionales de la administración cuando se dirigen a modificar de manera abrupta, aunque válida y legítima, derechos de particulares. De este modo, resulta evidente que la aplicación de la buena fe en las actuaciones de los particulares y del Estado no sólo es un principio general del derecho y de ética de comportamiento, sino que es un precepto de obligatorio cumplimiento. Sin embargo, la constitucionalización de este principio en el artículo 83 de la Carta evidencia su carácter correlativo o recíproco, pues supone, de un lado, la garantía para el administrado de que el Estado presuma que así actúa frente a él y a los demás particulares y, de otro, el deber de comportarse de buena fe en todas las relaciones, de tal forma que tanto la administración como el administrado deben adoptar comportamientos leales en el desenvolvimiento de sus relaciones. En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia han concluido que, para que la confianza del particular sea digna de protección jurídica, es necesario que reúna las siguientes condiciones principales: i) La estabilidad que modifican los poderes públicos debió generar una expectativa razonable y cierta, pues debió apoyarse en signos externos y concluyentes de que la actuación era válida ii) el conflicto entre la necesidad de preservar el interés público y el interés privado de quien se encuentra amparado por los principios de seguridad jurídica y legalidad, debe resolverse a favor del primero, iii) “se exige una antijuridicidad, no tanto como conducta ilegal, sino en el sentido de que el sujeto que sufre los daños y perjuicios por la actuación administrativa no tiene el deber de soportar los mismos y, a este respecto, la jurisprudencia ha admitido la quiebra de la confianza en las expectativas legítimas como una causa adecuada e idónea para el resarcimiento de daños y perjuicios, pero rechaza con idéntica fuerza aquellos supuestos en que la confianza del ciudadano obedece a un puro subjetivismo”, iv) el comportamiento previo a la constitución de las relaciones debe ser claro, inequívoco y veraz (...).”⁵⁷

Teniendo en cuenta lo anterior, la buena fe contractual es de obligatorio cumplimiento tanto para la administración como para el contratista, no siendo procedente indemnización alguna derivada para aquel que ha actuado contraviniendo sus finalidades o sus exigencias en una actuación concreta.

casos la palabra *affidamento* legítimo y en inglés *legitimate expectations*...”. En la protección de la confianza del administrado. Derecho argentino y derecho comparado. Editorial Lexis Nexis. 2004. Pág. 33.

⁵⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 5 de diciembre de 2005. Magistrado Ponente Alíer Eduardo Hernández.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Manifestaciones del principio de la buena fe, lo constituyen teorías como la llamada de los actos propios —*venire contra factum proprium non valet*—, cuyos orígenes se remontan al derecho romano, y que tiene semejanzas con figuras del derecho anglosajón como el *estoppel*⁵⁸ o del derecho alemán como la *verwirkung*.⁵⁹

Al respecto señala DIEZ PICASO:

“La doctrina moderna, sobre todo la doctrina alemana, ha elaborado, con base en la jurisprudencia de los tribunales, una serie de supuestos típicos a los cuales parece aplicable la idea de que la buena fe opera como un límite del ejercicio de los derechos subjetivos. Estos casos pueden enumerarse del siguiente modo.

1. Venire contra factum proprium. Con base en algunos textos romanos y en la elaboración llevada a cabo sobre ellos por la doctrina posterior se viene repitiendo que nadie puede venir contra sus propios actos. Con ello se quiere decir que el acto de ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad es inadmisibles cuando con él la persona se pone en contradicción con el sentido que objetivamente y de acuerdo con la buena fe había que dar a su conducta anterior. La regla veda una pretensión incompatible o contradictoria con la conducta anterior.

2. El retraso desleal (Verwirkung). Según han establecido la doctrina y la jurisprudencia alemana un derecho subjetivo o una pretensión no puede ejercitarse cuando el titular no sólo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer, sino que incluso ha dado lugar con su actitud omisiva a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que el derecho ya no se ejercitará. El ejercicio del derecho en tales casos se torna inadmisibles. Tres son los elementos de la figura que examinamos: la omisión del ejercicio del

⁵⁸ Sobre el tema señala Hernán CORRAL TALCIANI: “... Los autores del sistema latino-continental que tratan del adagio “venire contra” suelen referirse a la similitud de esta doctrina con la figura anglosajona del *estoppel*. El *estoppel* es una regla de prueba que impide que una parte, en el curso de un juicio, alegue y pruebe la falsedad que ella misma ha representado, con sus palabras o conductas, como verdadero. Hay muchas variantes de *estoppel*, pero las más antiguas son las del *estoppel by record*, el *estoppel by deed* y el *estoppel in pais*. El primero impide a alguien abrir de nuevo una controversia que ya ha sido fallada; el *estoppel by deed* se alega contra el que pretende desconocer lo declarado en una escritura, documento o registro; el *estoppel in pais* es el que se opone a aquel que pretende desconocer lo afirmado como verdadero en una conducta anterior. Es éste último el que más se asemeja a la institución latino-continental del “venire contra”...”. La raíz histórica del adagio “venire contra factum proprium non valet”. En *Venire contra factum proprium*. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios. Cuadernos de extensión Jurídica 18. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Santiago de Chile, 2010. Pág.31.

⁵⁹ Esta figura “...sanciona a quien ejerce con retraso un derecho, actuando contradictoriamente y lesionando la buena fe de quien ha confiado en esa primera situación; esa conducta del titular importa un abuso del derecho que no puede ser privilegiada”. BORDA, Alejandro. La Teoría de los actos propios. Un análisis desde la Doctrina Argentina. En *Venire contra factum proprium*. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios. Cuadernos de extensión Jurídica 18. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Santiago de Chile, 2010. Pág.43.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

*derecho; el transcurso de un período de tiempo y la objetiva deslealtad e intolerabilidad del posterior ejercicio retrasado (...).*⁶⁰

La teoría de los actos propios exige tres condiciones o requisitos para su aplicación⁶¹:

- a) Una conducta anterior relevante y eficaz.
- b) El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona que crea la situación litigiosa debido a la contradicción — atentatoria de la buena fe — existente entre ambas conductas.
- c) La identidad de sujetos que se vinculan en ambas conductas.

En lo que respecta a la primera de las condiciones, que es la relativa a la conducta, ella debe ser entendida como *“(...) el acto o la serie de actos que revelan una determinada actitud de una persona respecto de algunos intereses vitales.”*⁶² La misma debe ser vinculante y jurídicamente relevante. Lo anterior significa que *“(...) la conducta debe tener en el mundo del derecho, trascendencia, deslindándose de las conductas sin valor jurídico y de aquellas que requieran imperativamente una forma determinada que no fuese cumplida. Además, debe tener relevancia tal que permita suscitar la confianza de un tercero (...).*⁶³

Sobre el segundo de los requisitos, la pretensión contradictoria, señala BORDA:

*“La pretensión para que pueda ser calificada como contradictoria debe reunir tres condiciones: a) debe tratarse de un acto o conducta realizado con posterioridad a otro anterior, b) debe estar dirigido a obtener de otro sujeto un comportamiento determinado (por lo que las conductas o actos que no estén dirigidas a nadie en especial no constituyen pretensiones) y c) debe importar el ejercicio de un derecho subjetivo digno de protección, pero en otro contexto, pues — en el caso concreto — resulta inadmisibile por ser contraria a la primera conducta. Es necesario insistir que el derecho subjetivo esgrimido en la pretensión sería lícito si es que no hubiera existido la primera conducta. Lo que ocurre es que tomando como base a esta conducta vinculante resulta inadmisibile ejercer un derecho subjetivo que, aunque válido, es contradictorio del propio comportamiento (...).*⁶⁴

Por último, en cuanto a la identidad de sujetos, ella se refleja en que:

“(...) los sujetos que intervienen en ambas conductas — como emisor o como receptor — sean los mismos. El sujeto activo, esto es la persona que ha

⁶⁰ DIEZ-PICASO, Luis. Prólogo del libro El principio general de la Buena fe. WIEACKER, Franz. Op cit. Páginas 21 y 22.

⁶¹ BORDA, Alejandro. La Teoría de los actos propios. Un análisis desde la Doctrina Argentina. Op. Cit. Pág. 43.

⁶²Ibid. Pág. 44.

⁶³Ibid. Pág. 44.

⁶⁴Ibid. Pág. 46

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

observado determinada conducta — con fundamento en una facultad o un derecho subjetivo — debe ser el mismo que pretende luego contradecir esa primera conducta. El sujeto pasivo, es decir la persona que ha sido receptor o destinatario de ambas conductas, también debe ser el mismo (...).”⁶⁵

En este orden de ideas, la figura *venire contra proprium factum non valet* se utiliza como base generadora de responsabilidad cuando se pretenda desconocer las propias actuaciones en desarrollo de un contrato.

4. ANALISIS DE LA CONTROVERSIA PLANTEADA ANTE EL TRIBUNAL

4.1. LAS PRETENSIONES PRIMERA A TERCERA DE LA DEMANDA PRINCIPAL.

El Tribunal abordará, en primer lugar, el estudio de las pretensiones Primera, Segunda y Tercera, respecto de las cuales en la contestación de la demanda la Convocada se pronunció por separado, pero luego, en el alegato de conclusión se refirió de manera conjunta a las tres, como también lo hizo el señor Agente del Ministerio Público, con la advertencia que se resolverá cada una por separado en los términos en que fueron planteadas por la Parte Convocante.

1. Lo pretendido en la Demanda Arbitral

En la Demanda Arbitral, la Parte Convocante formuló de entrada las siguientes tres Pretensiones:

“PRIMERA: Solicito se DECLARE que, en virtud de lo dispuesto por los decretos Nos. 4164 y 4165 de 2011, así como del ‘Acta de Entrega y Recibo’ de 27 de diciembre de 2013, suscrita entre la AEROCIVIL y la ANI; la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI subrogó a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONAUTICA CIVIL – AEROCIVIL, en las funciones de gestión contractual del Contrato de Concesión No. 6000169OK de 2006, en virtud de lo cual todas las referencias generales y específicas hechas respecto de la AEROCIVIL deben entenderse hechas respecto de la ANI y todos los procesos judiciales posteriores a la citada fecha del 27 de diciembre de 2013 son de ‘entera y exclusiva responsabilidad’ de la ANI.

“SEGUNDA: Solicito se DECLARE que la ANI, entidad que se subrogó en el Contrato de Concesión 6000169OK como concedente a la AEROCIVIL, mantuvo en la gestión contractual la influencia de la AEROCIVIL, dada su calidad de autoridad aeronáutica, durante la ejecución de las obras de la Etapa de Modernización y Expansión.

“TERCERA: Solicito se DECLARE que, como consecuencia de las pretensiones anteriores, las referencias de responsabilidad, hechas en el laudo arbitral del 4 de octubre de 2012 a la ‘AEROCIVIL’ o a la ‘entidad pública’, deben entenderse hechas a la ANI.”

⁶⁵Ibíd. Pág. 47.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

2. Hechos en los que se apoya

Las anteriores pretensiones se sustentan en algunos de los hechos descritos en la demanda arbitral, los cuales se resumen a continuación.

Mediante la Resolución No. 5197 de 2005, la AEROCIVIL ordenó la apertura de la Licitación Pública 5000091 OL, para la "*Expansión y Modernización del Aeropuerto Internacional El Dorado - Fase 1*", con el propósito de seleccionar la propuesta más favorable para la celebración del Contrato de Concesión para que el Concesionario realizara, por su cuenta y riesgo, la Administración, Modernización y Expansión, Operación, Explotación Comercial y Mantenimiento del Área Concesionada del Aeropuerto El Dorado de la ciudad de Bogotá D.C., bajo el control y vigilancia de la AEROCIVIL. Cumplidos los trámites respectivos, mediante la Resolución No. 3500 de 2006, la AEROCIVIL adjudicó a OPAIN el Contrato de Concesión No. 6000169OK de 2006, para la Administración, Operación, Explotación Comercial, Mantenimiento y Modernización y Expansión del Aeropuerto Internacional El Dorado de la ciudad de Bogotá D.C.

De conformidad con lo anterior, el 12 de septiembre de 2006, la AEROCIVIL y OPAIN suscribieron el Contrato de Concesión No. 6000169OK de 2006, para la administración, operación, explotación comercial, mantenimiento y modernización y expansión del Aeropuerto Internacional El Dorado de Bogotá D.C., el cual, entre 2006 y 2013, fue modificado por las Partes mediante los Otrosíes Nos. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9.

En virtud de lo dispuesto en los Decretos 4164 y 4165 de 2011, se ordenó la subrogación del Contrato de Concesión de la AEROCIVIL a favor de la ANI y mediante la Resolución No. 7072 del 18 de diciembre de 2013, la AEROCIVIL inició el proceso de subrogación señalando, entre otras, que esa subrogación se perfeccionaría con la suscripción del Acta de Entrega y Recibo, suscrita entre la AEROCIVIL y la ANI, documentos que fueron comunicados a OPAIN el 2 de enero de 2014.

Dentro de los aspectos más importantes previstos en el Acuerdo Tercero del Acta de Entrega, con la cual se perfeccionó la subrogación, relacionados con las Obras de Modernización y Expansión, la Parte Convocante resaltó los siguientes:

“a. El Aeropuerto ‘... **no cuenta con Permiso de Operación de la Pista Sur por parte de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA, para que pueda operar sin restricción las 24 horas... Se deja constancia que este trámite continuará en cabeza de la AEROCIVIL**’. (Negrilla y subraya fuera de texto)

“b. Se aclara que ‘... *la obligación del suministro, instalación y puesta en funcionamiento del cableado de las luces de la Pista Norte, incluyendo el eje de la pista, del Aeropuerto Internacional El dorado; seguirá en cabeza de la AEROCIVIL, toda vez que es una contingencia judicial de un Laudo Arbitral de*

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

noviembre de 2006, en una controversia suscitada entre la Aerocivil y el Concesionario CODAD S.A.’.

“c. Se señalaron los subproyectos que, a la fecha de subrogación, se encontraban suspendidos por la AEROCIVIL, a saber: ‘nivelación de franjas pista norte’, ‘resas pista norte’, ‘superficies de protección antierosión por chorro de turbina en cabecera pista norte fase I’, ‘superficies de protección antierosión por chorro de turbina en cabecera pista norte fase II’, ‘expansión de bahías de espera de la pista norte fase 2’, ‘construcción, instalación y puesta en funcionamiento del banco de ductos, cableado y nueva subestación para la nueva torre de control’.”

“d. Se dejó constancia que, a la fecha de la suscripción del Acta de Entrega, ‘no se ha determinado una eventual fecha para que se pueda proceder con la demolición de la torre de control existente habida cuenta que a la fecha de la suscripción de la presente Acta, el Concesionario OPAIN S.A., ha demolido los espigones sur y norte del antiguo terminal de pasajeros y no puede adelantar la demolición completa de la Torre de Control existente y el procesador central de dicho terminal, por cuanto está en desarrollo la construcción de la nueva Torre de Control...’.

“e. Se aclaró que la subrogación ‘... no incluye la cesión parcial de la licencia ambiental del Proyecto, por lo que la AEROCIVIL continuará siendo responsable de las obligaciones y prerrogativas contenidas en la citada Licencia Ambiental en lo que corresponda.’⁶⁶”

La Convocante afirma que “para todos los efectos del Contrato de Concesión, esta subrogación dejó claro que el Concedente o entidad contratante es la ANI. Sin embargo, la AEROCIVIL, en su calidad de autoridad aeronáutica mantiene una importante injerencia en la ejecución contractual y no permitió, por razones operacionales en unos casos o jurídicas en otros, que se concluyeran ciertas obras en los cronogramas acordados; obligando a la ANI y a OPAIN a suscribir varios Otrosíes postergando la fecha de finalización de las obras de Modernización y Expansión más allá del 31 de enero de 2017.”

3. Los fundamentos de las pretensiones de la Convocante

Posteriormente, en sus alegatos de conclusión, la Convocante reiteró que en virtud de los Decretos leyes Nos. 4164 y 4165 de 2011, se ordenó la subrogación del Contrato de Concesión de la AEROCIVIL a favor del Instituto Nacional de Concesiones - INCO, al tiempo que se dispuso la transformación de este en la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI. Por su parte, mediante la Resolución No. 7072 del 18 de diciembre de 2013, la AEROCIVIL inició el proceso de subrogación señalando, entre otras, que esa subrogación se perfeccionaría con la suscripción del Acta de Entrega y

⁶⁶ “6 Lo anterior, en consonancia con el Numeral 1.78 de la Cláusula 1, el Literal e) de la Cláusula 13, y el Numeral 3 del Apéndice I del Contrato de Concesión.”

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Recibo, suscrita entre la AEROCIVIL y la ANI, documentos que se elaboraron sin la intervención de OPAIN, pero que le fueron comunicados el 2 de enero de 2014.

La Convocante señaló de nuevo que en el *Acuerdo Tercero del Acta de Entrega*, con la cual se perfeccionó la subrogación, relacionados con las Obras de Modernización y Expansión, la AEROCIVIL y la ANI estipularon que algunos subproyectos de la Etapa de Modernización y Expansión se encontraban suspendidos por la AEROCIVIL como la *"nivelación de franjas pista norte"*, *"resas pista norte"*, *"superficies de protección anti-erosión por chorro de turbina en cabecera pista norte fase I"*, *"superficies de protección anti-erosión por chorro de turbina en cabecera pista norte fase II"*, *"expansión de bahías de espera de la pista norte fase 2"*, *"construcción, instalación y puesta en funcionamiento del banco de ductos, cableado y nueva subestación para la nueva torre de control"*. Así mismo, agregó que allí dejaron constancia acerca de que:

"[...]no se ha determinado una eventual fecha para que se pueda proceder con la demolición de la torre de control existente habida cuenta que, a la fecha de la suscripción de la presente Acta, el Concesionario OPAIN S.A., ha demolido los espigones sur y norte del antiguo terminal de pasajeros y no puede adelantar la demolición completa de la Torre de Control existente y el procesador central de dicho terminal, por cuanto está en desarrollo la construcción de la nueva Torre de Control...".

De lo cual, la Convocante reafirmó que la AEROCIVIL mantenía suspendidas las obras asociadas a la Pista Norte y que no permitía demoler el viejo aeropuerto, puesto que no disponía de una nueva torre de control, por una parte y, por la otra, que les hacía suponer que vendría una nueva extensión de la Etapa de Modernización y Expansión, con la consecuente disminución del 4% de sus ingresos, por causas imputables a la AEROCIVIL, de lo cual se dejaba constancia en el Acta de subrogación *supra*, y que esta Acta aclaró que la subrogación *"... no incluye la cesión parcial de la licencia ambiental del Proyecto, por lo que la AEROCIVIL continuará siendo responsable de las obligaciones y prerrogativas contenidas en la citada Licencia Ambiental en lo que corresponda."* Así mismo, señaló que, para reconfigurar la plataforma del TPA (Terminal Puente Aéreo) no bastaba la restitución de los hangares (Hangar I y Hangar II de Avianca), aunque fuera muy importante, pues sostiene que *"[...]la red de suministro de combustible es un sistema que opera como un todo y no por partes. Era necesario e imprescindible que OPAIN pudiese intervenir toda la plataforma del TPA y para ello, otra vez, se requerían de los permisos de la AEROCIVIL."* (subrayado fuera de texto).

4. La Oposición de la ANI

En la Contestación de la Demanda, la Convocada Agencia Nacional de Infraestructura ANI, se opuso expresamente a todas y cada una de las pretensiones, entre ellas, las que son objeto de examen en esta primera parte.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

A. Respecto de la Pretensión PRIMERA, la Parte Convocada señaló que no está llamada a prosperar teniendo en cuenta que la Resolución No. 07072 del 18 de diciembre de 2013, por la cual se dio inicio al proceso de subrogación de la AEROCIVIL a la ANI, del Contrato de Concesión No. 60000169 OK de 2006, en la parte considerativa estipuló:

*“Que de conformidad con el Artículo Primero del Decreto Ley-4164 de 2011, las funciones reasignadas **parcialmente** a la Agencia Nacional de Infraestructura- **ANI** ‘se refieren exclusivamente en lo relacionado con la estructuración, celebración y gestión contractual de los proyectos de concesión y de cualquier otro tipo de asociación público-privada referida a las áreas de aeródromos-lado aire y lado tierra- definidas de acuerdo con los reglamentos aeronáuticos de Colombia - RAC.*

Que las demás funciones en especial las relacionadas con el ejercicio de la Autoridad Aeronáutica, Aeroportuaria y de la Aviación Civil seguirán siendo competencia de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, tal y como lo prevé el artículo que antecede.”

A su turno, indicó que, en el Acta de Entrega y Recibo a favor de la ANI, del citado Contrato de Concesión, suscrita el 27 de diciembre de 2013, entre otras cosas, se estipuló:

“SÉPTIMO: Apoyo a la Gestión Contractual. La AEROCIVIL se compromete a prestar todo el apoyo que requiera la AGENCIA en desarrollo de su gestión contractual y a suministrar en el menor tiempo posible contado a partir de la solicitud por escrito, o vía correo electrónico, cualquier documento que no haya sido entregado y recibido mediante la presente ACTA que sea requerido por la AGENCIA, un tercero mediante derecho de petición o cualquier Autoridad”.

De igual manera, dijo que, “es pertinente tener en cuenta lo previsto en el Decreto 823 de 2017 **‘Por el cual se modifica la estructura de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (AEROCIVIL) y se dictan otras disposiciones’**, en su Artículo 1° modificó el Artículo 2° del Decreto 260 de 2004, el cual quedó así:

*‘(...) **ARTÍCULO 2°. Jurisdicción y competencia.** La Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (**AEROCIVIL**) es la autoridad en materia aeronáutica en todo el territorio nacional y le compete regular, certificar, vigilar y controlar a los proveedores de servicios a la aviación civil, el uso del espacio aéreo colombiano y la infraestructura dispuesta para ello.*

Le corresponde también, con carácter exclusivo, prestar los servicios a la navegación aérea y operar las ayudas requeridas para que la navegación en el espacio aéreo colombiano se efectúe con seguridad. Así mismo, tiene bajo su responsabilidad la operación, explotación y provisión de servicios aeroportuarios de los aeródromos a su cargo (...).’.”

Así mismo, en el citado Decreto, el artículo 2 Modificó el artículo 5 del Decreto 260 de 2004, de la siguiente manera:

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

“Modifíquese el artículo 5° del Decreto 260 de 2004, el cual quedará así:

*“(…) «**ARTÍCULO 5°.** Funciones de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (**AEROCIVIL**). Son funciones generales de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (**AEROCIVIL**), las siguientes:*

(…)

7. Vigilar el cumplimiento de las normas aeronáuticas.

8. Regular, vigilar y controlar la navegación aérea que se realice en el espacio aéreo a su cargo.

9. Intervenir y sancionar la violación de los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia (…).”

En ese contexto, acorde con lo plasmado en el Decreto 4164 de 2011, el Decreto 823 de 2017, la Resolución 07072 de 2013 y el acta de entrega y recibo antes citada, si bien la subrogación giró en torno a las funciones de la **ANI** como gestor contractual, se observa que en algunos apartes del Contrato de Concesión No. 6000169 OK de 2006 se estipulan obligaciones a cargo de la **AEROCIVIL** en el marco del Decreto 823 de 2017, en calidad de *Autoridad Aeronáutica* y como propietaria del Aeropuerto Internacional El Dorado, tal y como se evidencia, por ejemplo, en la necesidad de **AEROCIVIL** de pronunciarse sobre si acepta o no la cesión de contratos, cuyo plazo excede el plazo estimado del Contrato de Concesión, esto es, lo regulado en la Cláusula **72** de la siguiente manera:

- El Numeral 72.1.3 “*Inventario de Contratos*” de la Cláusula 72 “*Reversión*”, del Contrato de Concesión dispone:

*“(…) El primer día hábil del tercer mes anterior a la fecha estimada para la expiración del plazo estimado del contrato, el Concesionario entregará a la **AEROCIVIL** una relación de los contratos suscritos para la operación, administración y explotación comercial del área concesionada y que se prevea que se encontraran vigentes al momento de la fecha efectiva de terminación del contrato (…).”*

- El Numeral 72.2.3 “*Cesión de Contratos*” de la citada Cláusula prevé:

*“(…) **AEROCIVIL** notificará al Concesionario sobre su intención de continuar o no con los contratos celebrados por este para la operación, administración y explotación comercial del área concesionada, antes del vencimiento del plazo de veinte (20) días calendario contados desde la fecha de recepción del inventario (…).”*

Agrega que adicionalmente en la Cláusula **44** “*Seguridad*” numeral 44.7.2. “*Aceptación por parte de **AEROCIVIL***” se estipula:

*“Si **AEROCIVIL** acepta que efectivamente existe una nueva regulación sobreviniente que genera un costo adicional al Concesionario, superior al monto indicado en el inciso 3 del numeral 44.7 anterior, **AEROCIVIL** a su entera discreción podrá optar por:*

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

1. Definir como autoridad Aeronáutica de Seguridad Aeroportuaria, un mecanismo alternativo, aunque idóneo, para cumplir las normas de seguridad sobrevinientes que no conlleven los sobrecostos a que se refiere el inciso 3 del numeral 44.7 anterior.”

Así también, lo demuestran los oficios **OPAIN** Nos. 20192300055781 (radicado **ANI** 20194090867102 del 21 de agosto de 2019) y 20192300062731 (radicado **ANI** No. 20194090917932 del 03 septiembre), dirigidos a la **AEROCIVIL**, mediante los cuales el Concesionario solicitó a la Autoridad Aeronáutica, lo siguiente:

*“(…) El Concesionario remitió con radicado R2019022609 del 1 de abril de 2019 ante las oficinas de la **AEROCIVIL**, el Plan de Seguridad (PSA) del Aeropuerto Internacional El Dorado Luis Carlos Galán Sarmiento con sus respectivos anexos para que la autoridad civil inicie el trámite de revisión y aprobación (…)”. Lo anterior, conforme a lo dispuesto en la Cláusula 44.3 “Plan de Seguridad del Aeropuerto” del Contrato de Concesión.*

Aunado a lo anterior, el Decreto 4164 de 2011 “*Por el cual se reasignan unas funciones y se dictan otras disposiciones*”, en el párrafo 3 del Artículo 1 indicó:

“Todas las referencias normativas que se refieran a funciones generales o específicas relacionadas con la estructuración, celebración y gestión contractual de proyectos de concesión y otro tipo de asociación público-privada asociada a las áreas de los aeródromos-lado aire y lado tierra- que estén a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, deben entenderse referidas al Instituto Nacional de Concesiones o quien haga sus veces.” (Se subraya)

Posteriormente el Decreto 4165 de 2011 “*Por el cual se cambia la naturaleza jurídica, cambia de denominación y se fijan otras disposiciones del Instituto Nacional de Concesiones (INCO)*”, en el artículo 28 estipuló:

“A partir de la entrada en vigencia del presente decreto, todas las referencias que se hayan hecho o se hagan al Instituto Nacional de Concesiones –INCO deben entenderse referidas a la Agencia Nacional de Infraestructura.”

De lo regulado en los Decretos antes referidos, es claro que solo las referencias hechas a la **AEROCIVIL** en el Contrato de Concesión No.6000169 OK de 2006 deben entenderse como **ANI**, cuando estén relacionadas con gestión contractual; es decir, no puede interpretarse de manera general como lo pretende el Concesionario, que la **ANI** asumió todos los deberes contractuales de la **AEROCIVIL**, toda vez que, como se ejemplificó anteriormente, existen obligaciones a cargo de la **AEROCIVIL** en calidad de Autoridad Aeronáutica que no pueden ser asumidas por la Agencia Nacional de Infraestructura.

Implica lo anterior, que debe analizarse en cada caso particular, quién es el titular de la obligación antes de hacer la interpretación de las referencias normativas; por lo que se reitera, no puede prosperar la primera pretensión de **OPAIN**.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Ahora bien, respecto a los procesos judiciales responsabilidad de la **ANI** posteriores a la fecha de subrogación del Contrato de Concesión, en el acta de subrogación del Contrato de Concesión No. 6000169 OK de 2006 se estipuló respecto de los procesos judiciales y defensa judicial:

***“CUARTO: Defensa Judicial.** En relación con los procesos judiciales y arbitrales, atendiendo la recomendación de la Doctora Cristina Pardo Schlesinger, Secretaria Jurídica de Presidencia, en reunión sostenida el 24 de octubre de 2013, se dará aplicación prevalente al Artículo Primero del Decreto 4164 de 2011 y en ese sentido, las dos Entidades acuerdan que a partir de la fecha de subrogación aludida, la responsabilidad respecto de los asuntos litigiosos quedará así:*

(...)

B) Sobre los procesos futuros, de cualquier índole, naturaleza y cuantía, serán de entera y exclusiva responsabilidad de la AGENCIA.”

Debe tenerse en cuenta que, si los procesos se originan en el marco de la gestión contractual, pero se derivan de temas relacionados con la **AEROCIVIL** en calidad de Autoridad Aeronáutica, a pesar de ser posteriores a la fecha de subrogación de concesión citado, corresponderá a la **ANI** adelantar la respectiva defensa judicial vinculando a la **AEROCIVIL** en la misma.

Conforme lo anterior es claro que en el presente caso estamos en presencia de una inexistencia de responsabilidad “entera y exclusiva” que pudiera ser atribuible a la ANI respecto de todos los procesos judiciales posteriores al 27 de diciembre de 2013, además de la clara inexistencia de obligaciones de “Autoridad Aeronáutica Aeroportuaria y de la Aviación Civil”, en cabeza de la ANI, dada la naturaleza y el estricto y delimitado marco de funciones legales atribuidos por el ordenamiento jurídico, por lo que esta pretensión de ninguna manera está llamada a prosperar.

B. Respecto de la Pretensión **SEGUNDA**, la Parte Convocada señaló que la misma no está llamada a prosperar.

A juicio de la Parte Convocada,

*“...la competencia o ‘influencia’ de la Aeronáutica Civil solo puede ser entendida de manera restrictiva en el marco de lo precisado por la **AEROCIVIL** a través del radicado 2015-409-036857-2 del 23 de junio de 2015:*

*‘(...) concluimos que si bien el Decreto Ley 4164 de 2011 ordenó la subrogación de los contratos de concesión suscritos por esta Entidad a la **ANI**, la **AEROCIVIL** mantiene su función de autoridad aeronáutica, por lo que deberá intervenir en las autorizaciones y aprobaciones relacionadas*

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

con la operación aérea y aeroportuaria: lo anterior implicará que debe tener conocimiento de los proyectos que pretendan ser desarrollados por cualquier persona, incluyendo los Concesionarios que tengan impacto sobre dicha operación y por ende, podrá solicitar la documentación necesaria para garantizar la prestación eficiente del servicio (...)'.

“Adicionalmente, en el radicado **ANI** No. 2015-409-067172-2 del 16 de octubre de 2015 la **AEROCIVIL** señaló:

*‘(...) B. Las competencias de la **AEROCIVIL** de cara a la gestión contractual aeroportuaria en cabeza de la **ANI**.*

*‘Es claro que las funciones en ejercicio de la calidad de Autoridad Aeronáutica por parte de **AEROCIVIL** se mantienen incólumes, (...)*

Conclusión:

*‘(...) se puede concluir que, pese a que en virtud del Decreto Ley 4164 de 2011 los contratos de concesión suscritos por la **AEROCIVIL** fueron subrogados a la **ANI**, la primera mantuvo su función de autoridad aeronáutica por lo que su intervención en cualquier actividad relacionada con la operación aérea y aeroportuaria implica tener conocimiento de todos aquellos aspectos que en los proyectos desarrollados por cualquier persona, puedan tener un impacto sobre dicha operación, y en tal virtud, solicitar la documentación que considere necesaria para garantizar la prestación eficiente del servicio’.*

“Lo anterior, es concordante con lo previsto en el Acta de Entrega y Recibo a favor de la **ANI**, del Contrato de Concesión No. 6000169OK de 2006 que indicó:

‘(...)

SÉPTIMO: Apoyo a la Gestión Contractual. *La **AEROCIVIL** se compromete a prestar todo el apoyo que requiera la AGENCIA en desarrollo de su gestión contractual y a suministrar en el menor tiempo posible contado a partir de la solicitud por escrito, o vía correo electrónico, cualquier documento que no haya sido entregado y recibido mediante la presente ACTA que sea requerido por la AGENCIA, un tercero mediante derecho de petición o cualquier Autoridad (...)'.*

“En ese contexto, si bien la **ANI** continuó con la gestión contractual en desarrollo de las obras de modernización y expansión, se evidencia que la **AEROCIVIL** solo intervino para autorizar y aprobar las obras por el impacto en la operación aérea, esto, en el marco de lo contemplado en el *Reglamento Aeronáuticos de Colombia* o RAC 14; así mismo, también fue necesaria la intervención de otras Entidades para permitir su ejecución, como por ejemplo la ANLA al autorizar la ejecución de las obras y aprobar el PMA, la Secretaria Distrital de Movilidad al aprobar el “*Plan de Manejo de Tránsito*”, CODENSA, entre otras.

“Por todo lo anterior, lo solicitado en esta pretensión por la parte demandante debe ser desestimado por el Tribunal, dado que, sin perjuicio de la subrogación del Contrato de Concesión 6000169OK de 2006 a la **ANI**, la **AEROCIVIL**

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

conserva su función de Autoridad Aeronáutica y, por tanto, de ninguna manera puede endilgarse obligaciones a esta Agencia que se encuentren por fuera del marco de sus competencias y de los términos de la subrogación misma.”

C. Respecto de la Pretensión **TERCERA**, la Parte Convocante señaló igualmente que no está llamada a prosperar por cuanto, a su juicio, en el Acta de Subrogación del Contrato de Concesión No. 6000169 OK de 2006, suscrita el **27 de diciembre de 2013**, sobre los procesos arbitrales anteriores a la subrogación de la concesión, se precisó:

*“(…) **CUARTO: Defensa Judicial.** En relación con los procesos judiciales y arbitrales, atendiendo la recomendación de la Doctora Cristina Pardo Schlesinger, Secretaria Jurídica de Presidencia, en reunión sostenida el 24 de octubre de 2013, se dará aplicación prevalente al Artículo Primero del Decreto 4164 de 2011 y en ese sentido, las dos Entidades acuerdan que a partir de la fecha de subrogación aludida, la responsabilidad respecto de los asuntos litigiosos quedará así:*

*a) Respecto a los procesos fallados y en firme de cualquier, naturaleza y cuantía, serán de entera y exclusiva responsabilidad de la **AEROCIVIL** (...).”*

En ese contexto, dice la Parte Convocada, “si bien el Contrato de Concesión se subrogó a la **ANI**, no puede considerarse por parte de **OPAIN** que corresponde a la **ANI** asumir las responsabilidades derivadas del Laudo proferido el 4 de octubre de 2012, toda vez que tal y como se precisó por parte de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, la responsabilidad de dicho pronunciamiento quedó en cabeza de la **AEROCIVIL**; e igualmente dado que el citado Laudo se equipara a una sentencia judicial, en este sentido se debe tener en cuenta que el mismo solo produce efectos entre la parte convocada y la convocante, esto es, **AEROCIVIL** y **OPAIN**”. Por lo tanto, la Parte Convocada señaló que “En ese contexto, si bien el Contrato de Concesión se subrogó a la **ANI**, no puede considerarse por parte de **OPAIN** que corresponde a la **ANI** asumir las responsabilidades derivadas del Laudo proferido el 4 de octubre de 2012, toda vez que tal y como se precisó por parte de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, la responsabilidad de dicho pronunciamiento quedó en cabeza de la **AEROCIVIL**; e igualmente dado que el citado Laudo tiene la connotación de una sentencia judicial, en este sentido se debe tener en cuenta que el mismo solo produce efectos entre la parte convocada y la convocante, esto es, **AEROCIVIL** y **OPAIN**. // Lo anterior, teniendo en cuenta lo indicado por la Corte Constitucional, en relación con la naturaleza de las decisiones de la justicia arbitral:

‘(...) la decisión arbitral concretada en un laudo arbitral, bien sea en derecho o en equidad, es eminentemente jurisdiccional y equivale a una providencia judicial, en cuanto resuelve el litigio suscitado entre las partes, pronunciándose sobre los hechos, resolviendo sobre las pretensiones, valorando las pruebas y declarando

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

el derecho a la luz de los mandatos constitucionales y legales o atendiendo a los principios de equidad’.”⁶⁷

La Convocante ilustra su postura de la siguiente manera:

“Un hecho que consideramos pertinente para ejemplificar los efectos del laudo *Inter partes*, es lo expuesto es el resuelve décimo séptimo del Laudo de 2012 que indicó:

‘(...)

DECLARAR que la SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A.-OPAIN S.A. no está obligada a asumir a su costo y riesgo la construcción y mantenimiento de la Calle de Rodaje MIKE 2 y que, en caso de que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE ERONAUTICA (sic) CIVIL –UEAC-, ordene construirla y mantenerla, dicha Entidad deberá reconocer a la SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A.-OPAIN S.A. la obra adicional por el valor que corresponda

(...).’

“En virtud de lo anterior, la **AEROCIVIL** ordenó la apertura de la Licitación Pública No. 13000040 OL de 2013 con el objeto de ‘Contratar la construcción de un sistema complementario de calles de rodaje en el costado occidental del Aeropuerto Internacional El Dorado – Fase 1’, y mediante Resolución No. 07245 del 27 de diciembre de 2013 expedida por esa misma Entidad, se adjudicó a la Sociedad ALPHA MIKE S.A.S., el Contrato de obra No. 13000277 OK – 2013; siendo necesario desafectar áreas del Contrato de Concesión para el desarrollo de la ‘Calle de Rodaje Mike 2’; por lo cual, **OPAIN** y la **ANI** suscribieron el **Otrosí No. 10** al Contrato de Concesión.

“Lo anterior, evidencia que la responsabilidad de la construcción y mantenimiento de la ‘Calle de Rodaje Mike 2’, emanada del Laudo arbitral del **4 de octubre de 2012** era de la **AEROCIVIL** y no de la **ANI**, concluyendo que las referencias de responsabilidad, hechas en el citado Laudo son de **AEROCIVIL** y no deben entenderse hechas a la **ANI**.”

D. A su vez, en los alegatos de conclusión, al referirse a todas las anteriores pretensiones, la Parte Convocada Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, señaló que:

‘Sería suficiente con advertir que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONAUTICA CIVIL - AEROCIVIL, NO es parte del contrato de concesión objeto de esta controversia en los términos de los artículos 1494, 1495, 1496 y 1602 del Código Civil, en concordancia con el artículo 13 de la ley 80 de 1993, y que por ello ninguna responsabilidad le cabe respecto del mismo a partir del perfeccionamiento de la subrogación llevada a cabo el 27 de diciembre de 2013.

⁶⁷ “C-242 de 1997”

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

“Sin embargo, en el curso de este proceso arbitral, el concesionario OPAIN centró su escaso esfuerzo argumentativo y probatorio en el hecho de que hay una ‘influencia’⁶⁸ o una ‘simbiosis’⁶⁹ entre la entidad contratante del contrato de concesión 6000169OK; esto es, la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI, y la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil – AEROCIVIL, autoridad aeronáutica del país, lo cual a todas luces es inexistente legal y contractualmente.

“La AEROCIVIL, ninguna injerencia o intervención tiene en el contrato de concesión 6000169OK de 2006, desde la subrogación a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, en cumplimiento de lo ordenado por el artículo segundo del Decreto Ley 4164 de 2011⁷⁰, proceso que inicio con la Resolución N.º 7072 del 18 diciembre de 2013 y culminó con la firma de los representantes legales de la AEROCIVIL y la ANI del Acta de Entrega y Recibo a favor de la ANI del Contrato de Concesión, el 27 de diciembre de 2013.

“Para efectos del Contrato, el único y verdadero rol y responsabilidad de la AEROCIVIL en el Aeropuerto Internacional el Dorado de Bogotá, es el que le otorga la ley y el Decreto 823 de 2017, que es el de ejercer como **AUTORIDAD AERONAUTICA**, conforme a sus competencias determinadas en la ley.

“Bajo este contexto, obsérvese cómo en el Acta de Entrega y Recibo del contrato de concesión 6000169OK del 27 de diciembre de 2013, obrante a folios 000016 y siguientes del cuaderno de pruebas 2 del expediente, desde el primer párrafo de los ‘Considerandos’ quedo claro que subrogante y subrogataria actuarían en atención a los principios de coordinación y colaboración, consagrados en el artículo 6º⁷¹ de la ley 489 de 1998,

“La Corte Constitucional, al respecto ha señalado:

‘Así las cosas, en primer lugar, la distribución de funciones separadas entre los diferentes órganos constituye un instrumento para limitar y controlar el ejercicio del poder, de una parte, y para asegurar la especialización funcional de los diferentes órganos de manera que cumplan eficientemente las tareas a su cargo, de otra. A su vez, en segundo lugar,

⁶⁸ “Pretensión Segunda “Solicito de DECLARE que la ANI, Entidad que se subrogo en el Contrato de Concesión 6000169OK como concedente a la AEROCIVIL, mantuvo en la gestión contractual la influencia de la AEROCIVIL, dada su calidad de autoridad aeronáutica, durante la ejecución de las obras de la Etapa de Modernización y Expansión” - Resalto fuera texto -

⁶⁹ “Declaración de Maria Isabel Patiño del 26 de junio de 2020. Demanda”

⁷⁰ “**ARTÍCULO 2o. TRANSICIÓN.** El Instituto Nacional de Concesiones (INCO) asumirá las funciones asignadas mediante el presente decreto a partir del primero (1o) de enero de 2012, con excepción de las competencias referidas a la gestión contractual de los contratos de concesión que hayan sido celebrados hasta dicha fecha por la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, las que serán asumidas por el Instituto Nacional de Concesiones (INCO) en relación con cada uno de tales contratos a partir de la fecha de la subrogación que se le haga de los mismos a través de acto administrativo. En todo caso, la Agencia Nacional de Infraestructura se subrogará en la totalidad de los contratos de concesión asociados a las áreas de aeródromos a más tardar el 31 de diciembre de 2013.” - Resalto fuera de texto-

⁷¹ “Artículo 6º.- Principio de coordinación. **En virtud del principio de coordinación y colaboración**, las autoridades administrativas deben garantizar la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales.

En consecuencia, prestarán su colaboración a las demás entidades para facilitar el ejercicio de sus funciones y se abstendrán de impedir o estorbar su cumplimiento por los órganos, dependencias, organismos y entidades titulares.”

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

*el mandato de colaboración armónica entre los diferentes órganos del Estado asegura la concurrencia de diferentes perspectivas y medios de acción para optimizar los fines que justifican y orientan las actividades del Estado. **En todo caso, al amparo de este último mandato no pueden adoptarse medidas que, como lo precisa la Corte, impliquen una invasión competencial.***⁷² – Resalto y negrilla fuera de texto -

“Así mismo, en la sentencia C-246 de 2004, la Corte manifestó:

*‘Así pues, si bien es cierto que el principio de separación de poderes es el fundamento para el reconocimiento de la necesaria independencia y autonomía de los diferentes órganos del Estado, a fin de que puedan cumplir cabalmente sus funciones, también lo es que dicho principio debe ser interpretado en función de su vinculación con el modelo trazado en el artículo 113 Superior, **según el cual, cada uno de los órganos del poder público debe colaborar armónicamente para la consecución de los fines estatales.** Colaboración armónica que no implica que determinada rama u órgano llegue a asumir la función de otro órgano, pues no debe olvidarse **que cada uno de ellos ejerce funciones separadas**’.* (cursivas fuera del original)’. - Resalto y negrilla fuera de texto -

“Por su parte, el Consejo de Estado, sobre el principio de colaboración armónica dentro de la Rama Ejecutiva del Poder Público, ha expuesto lo siguiente:

*‘...la administración se relaciona **bajo el principio de colaboración armónica, ninguna de las entidades puede imponerse sobre la otra, pues carece de competencia para ello.** Por el contrario, cuando entre dos entidades se presente una relación de supremacía o subordinación, quien sea titular de los poderes públicos puede imponer a la entidad que actúe como un particular, las obligaciones que sean del caso conforme a sus competencias, utilizando el expediente del acto administrativo’*⁷³ – Resalto y negrilla fuera de texto -

“Considerando lo anterior, se profiere la Resolución 07072 del 18 de diciembre de 2013⁷⁴, ‘Por la cual se inicia el proceso de subrogación del Contrato de Concesión No. 6000169Ok del 12 de septiembre de 2006 y sus otrosíes No(s): 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 suscrito por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil – AEROCIVIL y la Sociedad Concesionaria Operadora Aeroportuaria Internacional S.A. OPAIN S.A. la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI’, donde se estipuló lo siguiente frente a la subrogación del contrato objeto de controversia:

(...)

‘RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO. Iniciar el proceso de subrogación del Contrato de Concesión No. 6000169OK del 12 de septiembre de 2006; suscrito

⁷² Corte Constitucional, sentencia C-247 del 24 de abril de 2013.

⁷³ Consejo de Estado de Colombia, Sala de Consulta y Servicio Civil, Providencia 11001-03- 06-000-2010-00041-00, M.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

⁷⁴ Cdno. Pruebas Tomo II, folios 000002 a 0000015.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

entre la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil – AEROCIVIL y la Sociedad Concesionaria Operadora Aeroportuaria Internacional S.A. OPAIN S.A. a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI.

PARAGRAFO. La subrogación del Contrato de Concesión No. 6000169OK del 12 de septiembre de 2006, se perfeccionará con la suscripción del acta de entrega y recibo suscrita por los representantes legales de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil – AEROCIVIL y de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, solo hasta la suscripción de la mencionada Acta de Entrega y Recibo se iniciará la Gestión Contractual por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI.’ – Resalto y negrilla fuera texto-

“Esta subrogación, perfeccionada el 27 de diciembre de 2013, con la firma del ‘Acta de Entrega y Recibo a favor de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI del Contrato de Concesión No. 6000169OK del 12 de septiembre de 2006, suscrito entre la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil – AEROCIVIL y la Sociedad Concesionaria Operadora Aeroportuaria Internacional S.A. OPAIN S.A’, nunca fue objetada o puesta en entredicho por la sociedad concesionaria OPAIN S.A., de suerte que, la ANI es la legítima cesionario de la AEROCIVIL en el Contrato de Concesión No. 6000169OK del 12 de septiembre de 2006, no por causa de un acuerdo de voluntades, sino como consecuencia de la reestructuración de la administración pública promovida por el Gobierno Nacional, de ahí que, según la cláusula 83.2, inciso segundo⁷⁵ del contrato No. 6000169OK, no fue necesario solicitar ninguna autorización previa y escrita al Concesionario para su validez.

“Lo anterior también sería suficiente para desestimar la pretensión segunda de la demanda incoada por OPAIN S.A.⁷⁶, y dejar en claro que la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, asumió íntegramente la posición contractual de entidad contratante en el Contrato de Concesión No. 6000169OK de 2006, y los Otrosíes firmados hasta la fecha de perfeccionamiento de la subrogación, sin que ninguna ‘influencia’ (sic) tenga la AEROCIVIL en la gestión y ejecución del mismo.

“Adicionalmente, en el expediente no existe prueba de una supuesta e inexistente ‘influencia’ de la AEROCIVIL en la ANI, y más exactamente en, o sobre, el contrato de concesión No. 6000169OK del 12 de septiembre de 2006, que nos convoca, ya que la sociedad Concesionaria demandante se limitó a hacer una manifestación sin ningún soporte y sentido, al punto que los señores árbitros podrán verificar que el respaldo de las afirmaciones sobre la figura de la

⁷⁵ “(...) Aerocivil no podrá ceder el presente Contrato ni cualquiera de los derechos u obligaciones derivados del mismo, sin el previo consentimiento escrito del Concesionario, salvo cuando la cesión ocurra como resultado de políticas de reestructuración o modernización del Estado Colombiano, y se mantengan las mismas garantías del presente Contrato.”

⁷⁶ “**SEGUNDA:** Solicito se DECLARE que la ANI, entidad que se subrogó en el Contrato de Concesión 600016901 como concedente a la AEROCIVIL, mantuvo en la gestión contractual la influencia de la AEROCIVIL, dada su calidad de autoridad aeronáutica, durante la ejecución de las obras de la Etapa de Modernización y Expansión.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

subrogación se basaron en simples definiciones de 'Wikipedia' (sic)⁷⁷, y la RAE⁷⁸, sin que ello tenga ningún respaldo legal o contractual.

“De considerarse siquiera semejante pretensión de la Convocante, sobre la supuesta ‘influencia’ de la Aerocivil en el Contrato de Concesión, sería tanto como admitir también que la Agencia Nacional de Licencias Ambientales - ANLA, el Distrito Capital, Inmigración Colombia, la Policía Nacional o cualquier otro órgano o entidad que tuviera algún tipo de relación con el Aeropuerto Internacional ‘El Dorado’ de Bogotá D.C, tuviera ‘*injerencia*’ en el mismo y por esa razón se le hace responsable o participe de las obligaciones contractuales, desconociendo con ello los presupuestos del artículo 1602 del Código Civil y la estructura organizacional del Estado, determinada, entre otras normas, en el artículo 209 de la Constitución Política, la Ley 489 de 1998 y los Decretos 4164 y 4165 de 2011.

“1.1. Principio de relatividad o efecto relativo de los contratos.

“En línea con lo expuesto, y frente a la supuesta ‘*influencia*’ o ‘*simbiosis*’ que pretende el concesionario Convocante ‘*tiene la Aerocivil en el contrato*’ objeto de esta controversia, además de ser una simple ficción, propia de su imaginación, esta es ilegal y va en contra de los principios más elementales de la contratación, de ahí que sea inaceptable que actuaciones de terceros ajenos al Contrato de Concesión puedan ser o hacerse exigibles contractualmente a la entidad Concedente.

“Al respecto, es importante destacar la aplicabilidad al principio de la relatividad de los contratos, que pone de manifiesto que la eficacia de los contratos no tiene alcance general, como se predica de la norma jurídica, sino un alcance limitado a las partes contratantes. El Contrato de Concesión N°600019OK de 2006, por principio relativo, vincula únicamente a las partes del contrato, esto es, el Concesionario OPAIN S.A. y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI (*res inter alios acta*), sin que por consiguiente pueda generar derechos y obligaciones respecto de personas extrañas o ajenas a esa relación, o pueda atribuírsele un alcance general.

“De acuerdo con el artículo 1602 del Código Civil, el contrato legalmente celebrado es ley para las partes, ley que tendrá vigencia mientras no se presenten causales de anulación previstas en la misma normatividad, el consentimiento de las partes para revocar las estipulaciones, o un pronunciamiento judicial que invalide el contrato. De esta manera, el contrato legalmente celebrado, se impone no solamente a los contratantes, sino también a los jueces e inclusive a la ley.

“Al respecto, otro es el sentido de las facultades legales de la AEROCIVIL para ejercer como **AUTORIDAD AERONÁUTICA**, las que se apoyan en el artículo 47 y siguientes de la ley 105 de 1993, donde establece que la AEROCIVIL tiene ‘*Funciones Aeronáuticas*’, y acorde con ello, su naturaleza jurídica responde al de autoridad aeronáutica en todo el territorio nacional y a quien por ende le

⁷⁷ Folio 000003 de la demanda de OPAIN S.A., pie de página “La subrogación es un término empleado en Derecho relacionado con la delegación o reemplazo de competencias hacia otros; es un tipo de sucesión. Se trata de un negocio jurídico mediante el cual una persona sustituye a otra en una obligación (Wikipedia).”

⁷⁸ Folio 000003 de la demanda de OPAIN S.A “Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: “Sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa”

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

competente regular, administrar, vigilar y controlar el uso del espacio aéreo colombiano de la aviación civil, y coordinar las relaciones de esta con la aviación de Estado, desarrollando las políticas, estrategias, planes y programas, contribuyendo así a mantenimiento de la seguridad y soberanía nacional.

“Lo expuesto se reglamenta en el artículo 1782 del Código de Comercio, que establece:

‘DEFINICIÓN DE AUTORIDAD AERONÁUTICA. Por “autoridad aeronáutica” se entiende el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil o la entidad que en el futuro asuma las funciones que actualmente desempeña dicha Jefatura.
Corresponde a esta autoridad dictar los reglamentos aeronáuticos.’

“La Ley 336 de 1996, por su parte, que estableció las ‘Disposiciones generales para los modos de transporte’ en Colombia, previó lo siguiente frente a las competencias de la AEROCIVIL:

‘ARTÍCULO 68.-El modo de transporte aéreo, además de ser un servicio público esencial, continuará rigiéndose exclusivamente por las normas del Código de Comercio (libro quinto, capítulo preliminar y segunda parte), por el manual de reglamentos aeronáuticos que dicte la unidad administrativa especial de aeronáutica civil y por los tratados, convenios, acuerdos, prácticas internacionales debidamente adoptados o aplicadas por Colombia.’

“Por lo anterior, cualquier pretensión dirigida a considerar a la AEROCIVIL como un supuesto ‘influenciador’ del Contrato N° 6000169OK de 2006 y no como Autoridad Aeronáutica en Colombia, estará llamada a negarse por el H. Tribunal.”

El Concepto del Ministerio Público

En cuanto se refiere a las pretensiones Primera, Segunda y Tercera de la demanda arbitral, el señor agente del Ministerio Público señaló lo siguiente:

“En relación con lo anterior, observa esta vista fiscal que las normas que regularon la ‘subrogación’ del CONTRATO DE CONCESIÓN ofrecen elementos suficientes para efectos de las decisiones relacionadas con las pretensiones formuladas.

“En cuanto guarda relación con el lugar ocupado por la ANI al ‘subrogar’ a la Aerocivil en los contratos en los que esta era parte y, particularmente, en el CONTRATO DE CONCESIÓN materia del presente trámite, el Decreto 4164 de 2011 previó que al entonces Instituto Nacional de Concesiones (INCO) – posteriormente transformado en la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 4165 de 2011- le serían asignadas las funciones contempladas en los numerales 7, 9 y 12 del artículo 5, numeral 5 del artículo 11 y el numeral 2 del artículo 17 del Decreto 260 de 2004, exclusivamente en lo relacionado con la estructuración, celebración y gestión contractual de los proyectos de concesión y de cualquier otro tipo de asociación público-privada referida a las áreas de los aeródromos –lado aire y lado tierra–, definidas estas de acuerdo con los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

“En el artículo 1 del Decreto en mención se precisó, sin embargo, que las demás funciones de la Aerocivil, en especial las relacionadas con el ejercicio de la Autoridad Aeronáutica, Aeroportuaria y de la Aviación Civil, seguirían siendo de su competencia.

“En el párrafo primero se dispuso, además, que los riesgos asociados a la gestión contractual de los contratos de concesión de las áreas de los aeródromos se entendían transferidos a partir de la ‘subrogación’ de dichos contratos, sin perjuicio de un acompañamiento de la Aerocivil para efectos de garantizar una adecuada defensa de los intereses del Estado.

“En punto de los contratos celebrados con anterioridad al 1 de enero de 2012, se dispuso, en el artículo 2 del Decreto 4164, que los mismos quedarían sujetos a la ‘subrogación’ que se realizaría mediante acto administrativo.

“Atendiendo las disposiciones antes referidas, mediante Resolución 07072 del 18 de diciembre de 2013, el director de la Aerocivil ordenó iniciar el proceso de ‘subrogación’ del CONTRATO DE CONCESIÓN 6000169OK del 12 de septiembre de 2006, el cual se perfeccionaría con la suscripción del acta de entrega y recibo entre la Aerocivil y la ANI, hecho que tuvo lugar en 27 de diciembre de 2013.

“Del acta de entrega y recibo, entre otros asuntos, se destaca lo previsto en el numeral 4 (defensa judicial) en el que se dispuso, atendiendo lo previsto en el artículo 1 del Decreto 4164 de 2011, una distribución de responsabilidades, así: (i) en cuanto a los procesos judiciales finalizados y en firme, la responsabilidad sería de Aerocivil; (ii) los procesos judiciales futuros, serían responsabilidad exclusiva de la ANI; y (iii) los procesos en curso serían asumidos por la ANI, con la salvedad de que se solicitaría al Ministerio de Hacienda el traslado a la ANI de las provisiones presupuestales para atender las contingencias judiciales.

“Pues bien, por lo indicado en precedencia, resulta claro que la ‘subrogación’ de la Aerocivil en los contratos por ella suscritos, supuso que la ANI ocupara su posición contractual.

“Sobre este particular, considera este agente del Ministerio Público llamar la atención sobre el uso inadecuado el concepto de ‘subrogación’⁷⁹ al que, infortunadamente y anti-técnicamente, alude el Decreto 4164 de 2011, lo que, sin embargo, tiene una explicación desde el derecho administrativo.

“En efecto, en el artículo 52 de la Ley 489 de 1988, se dispone que el Presidente de la República puede suprimir o disponer la disolución y la consiguiente liquidación de entidades y organismos administrativos del orden nacional previstos en el artículo 38 de esta ley y que en el acto que ordene tal supresión, disolución y liquidación, ‘...dispondrá sobre la subrogación de obligaciones y derechos de los organismos o entidades suprimidas o disueltas...’.

⁷⁹ “Ya el Consejo de Estado en un caso en el que se llamó subrogación a la cesión, realizó la precisión correspondiente. *Vid.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 15 de julio de 2019, expediente 44835.”

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

“El Decreto 4164 de 2011 fue expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas en el artículo 16 de la Ley 1444 de 2011, en donde se le permitió crear, escindir, fusionar y suprimir entidades, así como reasignar funciones y competencias orgánicas entre las entidades y organismos de la Administración Pública nacional.

“Seguramente, por el influjo de la Ley 489 en los procesos de reorganización del Estado, en el Decreto Legislativo 4164 se acudió al concepto de ‘subrogación’ al referirse a los contratos celebrados por la Aerocivil y, en consecuencia, ello supone que la nueva entidad (subrogataria) entre a asumir las obligaciones y derechos de la anterior entidad (subrogada).

“No obstante lo anterior, en puridad y asumiendo una técnica jurídica correcta, debe indicarse que no estamos ante la figura de la subrogación, propia del derecho de las obligaciones y que según las voces del artículo 1666 del Código Civil supone ‘...la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga’, cuyo régimen, disciplina, efectos y vicisitudes dista, sustancialmente, del fenómeno que en realidad impuso el Decreto 4164.

“En realidad, asumiendo la dogmática propia del derecho los contratos, nos encontramos ante la figura de la **cesión de posición contractual**, cuya disciplina, contenido, alcance y efectos está dispuesta en los artículos 887 y siguientes del Código de Comercio, aplicables por remisión expresa del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 al presente asunto y sin perjuicio, por supuesto, de lo previsto en las normas que ordenaron la mal llamada ‘subrogación’.

“En general, para efectos de lo que se señalará enseguida, conforme con lo previsto en el artículo 887 del Código de Comercio, en un contrato de ejecución periódica o sucesiva – como sería el caso de un contrato de concesión y por supuesto del contrato 6000169OK- ‘...cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato’, lo que supone, por lo mismo,

‘...la presencia de uno o varios créditos y otras tantas obligaciones, entrelazadas en términos de correlatividad y consideradas, tratadas y dispuestas como una unidad, o sea: el objeto de la operación es el traspaso simultáneo de unos créditos y de las obligaciones recíprocas, surgidos a una de un mismo contrato, por parte de uno de los contratantes a un tercero, esto es, en últimas, la transferencia de una posición o relación contractual, cuyo resultado es la sustitución de una de las partes.’⁸⁰

“Ahora, en los términos del artículo 895 *ejusdem* ‘...la cesión de un contrato implica la de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato; **pero no transfiere los que se funden en causas ajenas al mismo, o en la calidad o estado de la persona de los contratantes**’ (Destacamos).

⁸⁰ “Fernando Hinestrosa. (2007). Tratado de las obligaciones concepto, estructura, vicisitudes. Tomo I, 3a ed. <https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2122/pdfreader/tratado-de-las-obligaciones-tomo-i50104206>”

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

“Se observa, también, que el mismo CONTRATO DE CONCESIÓN previó reglas referidas a su cesión por la Aerocivil. En efecto, en el inciso 3 de la cláusula 83.2 se estableció:

Aerocivil no podrá ceder el presente Contrato ni cualquiera de los derechos u obligaciones derivados del mismo, sin el previo consentimiento escrito del Concesionario, salvo cuando la cesión ocurra como resultado de políticas de reestructuración o modernización del Estado Colombiano, y se mantengan las mismas garantías del presente Contrato.

“En este caso, dado que la cesión (o ‘subrogación’) tuvo fuente legal y no convencional, no era necesario el concurso del consentimiento de OPAIN, el que, frente a la cesión guardó silencio, sin siquiera hacer reserva para exigir al cedente el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, en los términos del artículo 893 del Código de Comercio.

“Bajo las anteriores premisas, es posible concluir que la ANI, al llegar al CONTRATO DE CONCESIÓN, conforme con lo ordenado en el Decreto 4164 de 2011, ocupó la posición contractual de la Aerocivil y, bajo tal temperamento, la sustituyó en la totalidad de los créditos y deudas derivadas de la relación negocial, así como en *las acciones, privilegios y beneficios derivados del contrato*. OPAIN, por su parte, y correlativamente, conservó, también, las acciones, privilegios y beneficios del CONTRATO, los que son oponibles y exigibles ante la ANI, excepto en cuanto se predica *de la calidad o estado de la persona contratante*, a la luz de lo previsto en el artículo 895 antes transcrito.

“Esta última circunstancia, es decir, los asuntos relativos a las calidades o estado de la persona contratante (cedente o cedido) resulta de relevancia para los efectos del presente trámite, pues en concordancia con lo previsto en la parte final del artículo 1 del Decreto 4164 de 2011, la Aerocivil conservó las funciones relacionadas con el ejercicio de autoridad aeronáutica, aeroportuaria y de la aviación, es decir, tales “calidades” o, en estricto rigor, “funciones”, no fueron objeto de reasignación a otra entidad, por manera que, respecto de ellas -en tanto el CONTRATO DE CONCESIÓN se alude a la Aerocivil como autoridad aeronáutica- no podría hacerse ninguna exigencia a la ANI, ni derivársele alguna responsabilidad. El CONTRATO, por tanto, deberá amoldarse a las realidades normativas y no estas a aquel.

“Un ejemplo de lo anterior, de la mayor relevancia pues hace parte del objeto contractual y, en esa medida, ilustra e incide en el estudio del alcance de las prestaciones a cargo de ambas partes, se encuentran en los incisos 5 y 6 de la cláusula segunda del CONTRATO DE CONCESIÓN, en los que se dejó pactado:

La Concesión no incluye todos aquellos bienes necesarios para la prestación del servicio de control de tráfico aéreo en ruta ni la responsabilidad por el correcto funcionamiento de las radioayudas aéreas, incluidas las radioayudas de aproximación y las comunicaciones en el Aeropuerto, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 3 del artículo 48 de la Ley 105 de 1993. Aerocivil se reserva el manejo y la responsabilidad por las funciones de control y vigilancia del tráfico aéreo en ruta.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

La Concesión tampoco incluye la responsabilidad que se derive por la Seguridad Aérea en el Aeropuerto, pues ésta estará a cargo de Aerocivil.

“Lo anterior ofrece una indudable demostración de aquello en lo que se ‘subrogó’ y aquello en lo que no se ‘subrogó’ la ANI, por cuenta del proceso de reasignación de funciones realizada por el Presidente de la República. En efecto, en los términos del Decreto 4164, resulta evidente que a la ANI ninguna función sobre seguridad del tráfico aéreo y sobre la operación de ese servicio le fue asignada, más allá de las relacionadas con actividades puramente contractuales y, en estas condiciones, las consecuencias de las acciones u omisiones propias de la autoridad aeronáutica que puedan tener efectos en el desarrollo del CONTRATO no pueden, en principio, trasladarse a la ANI. Lo mismo sucede, por supuesto, con la calidad que tiene la Aerocivil de propietaria de algunos activos relacionados con la concesión.

“En consonancia con lo anterior, valga anotar lo que ha señalado la jurisprudencia contencioso administrativa en punto de la naturaleza de los contratos de concesión, para afirmar que gozan de una regulación bifronte, pues, por una parte, a tal tipo de negocios jurídicos los cobijan unas normas de naturaleza reglamentaria relacionada con el servicio o bien público concesionado y, por otro, las normas contractuales propiamente dichas. En algunos casos tanto las normas regulatorias del bien, obra o servicio, como las de gestión contractual se encuentran en cabeza de la misma entidad pública, y, en veces, son diferentes entidades las que tienen una y otra función.

“Sobre este particular el Consejo de Estado ha sostenido:⁸¹

‘Prácticamente todas las definiciones al uso hacen referencia al menos a dos elementos como integrantes del tipo contractual que aquí se comenta: de un lado, la existencia de un régimen legal -en sentido amplio- que de manera previa regula el funcionamiento del servicio concesionado, régimen que puede ser delineado, alterado o definido por la Administración; y, de otro, las condiciones en que ésta última conviene con el particular la prestación del servicio, la construcción, el mantenimiento, la explotación de la obra, etc. En otros términos, se trata de una modalidad contractual por la que

‘(...) sólo en virtud de una normativa previa y expresa, la Administración del Estado puede entregar o cometer a un particular la construcción y/o mantenimiento de una obra (...) y concederle su explotación ulterior, facultándolo temporalmente para cobrar determinadas sumas a quienes la utilicen como medio de financiar el costo de aquella.’

“De conformidad con lo indicado, esta agencia del Ministerio Público concluye que, para efectos del CONTRATO DE CONCESIÓN 6000169OK, no todas las referencias generales y específicas hechas respecto a la Aerocivil pueden entenderse referidas a la ANI por cuenta de la ‘subrogación’ (*rectius*: cesión) ordenada en el Decreto 4164 de 2011. Las referencias en las que tal sustitución es procedente (es decir Aerocivil = ANI) son aquellas relativas a la gestión contractual propiamente dicha y, en tal medida, cada cláusula del contrato o

⁸¹ “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de mayo de 2012, expediente 22112. Ver, también, sentencia del 30 de noviembre de 2006, exp. 13074.”

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

remisión que en él se contenga y refiera a la Aerocivil debe ser verificada conforme con las condiciones señaladas para determinar si se está aludiendo a tal entidad en calidad de parte contractual, caso en el cual la sustitución es procedente, o en calidad de autoridad aeronáutica, en cuyo caso no podría referirse sino a la Aerocivil.

“En estos términos, la ‘influencia’ que puede tener la Aerocivil sobre la ANI, como en efecto la tuvo y la tiene, en el desarrollo del CONTRATO DE CONCESIÓN se sujeta al marco normativo antes referido, esto es, a su *status* de Autoridad Aeronáutica y, bajo ese entendimiento, podría accederse a la pretensión segunda de la demanda.

“Ahora bien, en relación con la responsabilidad relacionada con los procesos judiciales que se refieren en la primera pretensión de la convocante, la cual hace expresa alusión tanto al Decreto 4164 de 2011, como al ‘acta de entrega y recibo’ del 27 de diciembre de 2013, resulta necesario, para atender esa pretensión, poner de presente, nuevamente, el acta de entrega y recibo en su numeral 4 (defensa judicial), en el cual se dispuso, atendiendo lo previsto en el artículo 1 del Decreto 4164 de 2011 una distribución de responsabilidades que supuso lo siguiente: (i) en cuanto a los procesos judiciales finalizados y en firme, la responsabilidad sería de Aerocivil; (ii) los procesos judiciales futuros, serían responsabilidad exclusiva de la ANI; y (iii) los procesos en curso serían asumidos por la ANI, con la salvedad de que se solicitaría al Ministerio de Hacienda el traslado a la ANI de las provisiones presupuestales para atender las contingencias judiciales.

“Sin embargo, más allá de constatar lo acordado en el ‘acta de entrega y recibo’ como uno más de los hechos acreditados en este proceso, el H. Tribunal no podrían entrar a valorar su conformidad o no con el orden jurídico o a interpretarla, pues dicho acuerdo escapa, evidentemente, del espectro de sus competencias, las cuales, no huelga indicarlo, están fijadas por las materias contenidas en la cláusula compromisoria y aquellas sometidas a su consideración (competencia *ratione materiae*), por una parte, y, por otra, a los sujetos que han prestado su voluntad para habilitar a la justicia arbitral (competencia *ratione personae*) entre los que no cuenta, por asuntos ya debatidos en este trámite, la Aerocivil, entidad que suscribió la referida acta.

“Bajo las anteriores consideraciones, podría afirmarse que los procesos judiciales derivados del CONTRATO DE CONCESIÓN que tengan lugar con posterioridad al 27 de diciembre de 2013, deben ser atendidos por la ANI. Sin embargo, en la respetuosa opinión de esta vista fiscal, la ‘exclusividad’ incluida en la pretensión formulada no podría ser declarada, en la medida en que dependiendo de las condiciones de cada caso concreto y los medios de control por cuya virtud sea iniciado el trámite, podrían o no encontrarse vinculados otros sujetos (terceros) que puedan ser llamados al proceso.

“Finalmente, en punto de la pretensión tercera de la demanda, referida a la responsabilidad de la ANI en relación con las referencias del laudo del 4 de octubre de 2012, a la luz del acta de entrega y recibo del CONTRATO DE CONCESIÓN del 27 de diciembre de 2013, no sería posible acceder a la misma, pues se trata de un fallo en firme con antelación a la suscripción de la referida acta. Incluso, mal podría considerarse vinculada la responsabilidad de la ANI

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

respecto de aquel, cuando nunca hizo parte de dicho trámite, en tanto y en cuanto no se había presentado la cesión de la posición contractual.

“Lo anterior no puede ser indicativo, sin embargo, de que las interpretaciones sobre el contenido y alcance de las cláusulas contractuales contenidas en el laudo y que hagan parte de la *ratio decidendi* del mismo, no sean vinculantes para la ANI. Por supuesto que lo son, pues ocupó la posición contractual de aquel para quien tales interpretaciones eran vinculantes y, en consecuencia, la desatención de esos dictados podría comportar un incumplimiento del contrato. Sin embargo, esto no fue objeto de la pretensión formulada en este trámite.”

Consideraciones del Tribunal

Para resolver las pretensiones primera, segunda y tercera de la demanda, el Tribunal partirá del análisis de las funciones de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (AEROCIVIL), para luego analizar los efectos de la subrogación de la ANI en el contrato de concesión 6000169 OK ordenada por el Decreto Ley 4164 de 2011. Con base en estos dos elementos, se acometerá la interpretación del citado contrato, teniendo en cuenta los efectos de la subrogación, con el fin de analizar la procedencia o improcedencia de las tres primeras pretensiones de la demanda.

I.Marco jurídico de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (AEROCIVIL)

El Código de Comercio, Libro V, Parte 2ª, artículo 1782 señala que:

“Por ‘autoridad aeronáutica’ se entiende el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil o la entidad que en el futuro asuma las funciones que actualmente desempeña dicha jefatura”.

Por su parte, la Ley 105 de 1993⁸², en su artículo 47 estableció que:

“Las funciones relativas al transporte aéreo, serán ejercidas por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil como entidad especializada adscrita al Ministerio de Transporte”.

Igualmente, el artículo 48 de esta misma ley señala:

“Descentralización Aeroportuaria. Para efectos de la descentralización aeroportuaria, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, podrá entregar a cualquier título los aeropuertos de su propiedad a entidades departamentales, municipales o asociaciones de las anteriores, para que éstas

⁸² Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

los administren en forma directa o indirecta. De igual forma podrá celebrar contratos de administración, concesión o similares sobre los aeropuertos de propiedad del Fondo Aeronáutico Nacional, con entidades especializadas o con asociaciones regionales, en las cuales la participación estatal no podrá ser superior al cincuenta por ciento (50%). Los contratos que se celebren con las entidades territoriales, sus asociaciones o con las sociedades regionales podrán ser revocados unilateralmente, sin lugar a indemnización, cuando a criterio de la Aeronáutica Civil exista mal manejo en el uso, mantenimiento y operación de los bienes e instalaciones entregados; o cuando exista deficiencia administrativa en la prestación de los servicios aeroportuarios.

La autoridad Aeronáutica ejercerá funciones de reglamentación, control, supervisión y sanción sobre quienes presten los servicios aeroportuarios y en casos de violación a sus normas o reglamentos conservará siempre la posibilidad de intervenirlos, pudiendo asumir directamente la prestación del servicio.

PARAGRAFO 1. Dentro de un plazo de tres (3) años la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil realizará los estudios y diseños necesarios para especializar el uso de los aeropuertos de acuerdo con su categoría, y con base en ello, podrá limitar o suspender la operación de aviación general y de las escuelas de aviación en los aeropuertos de mayor tráfico aéreo, con el fin de garantizar un servicio eficiente y seguro a los usuarios del transporte aéreo.

Será función prioritaria de la Aeronáutica Civil, el mejoramiento de la infraestructura aeroportuaria y el establecimiento de ayudas de aeronavegación requeridas para los aeropuertos a donde se desplace la aviación general y las escuelas de aviación.

PARAGRAFO 2. La Aeronáutica Civil con el fin de especializar los aeropuertos del país podrá regular el uso del equipo que debe operar en cada uno de ellos, así como autorizar, limitar o suspender las rutas aéreas.

PARAGRAFO 3. La Unidad Administrativa de Aeronáutica Civil, conservará el control del tráfico aéreo y la responsabilidad por el correcto funcionamiento de las ayudas aéreas. Así mismo ejercerá una adecuada supervisión sobre la seguridad aérea y el control técnico". (Destacado fuera del texto).

El Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil fue reestructurado y transformado como Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil mediante el Decreto Ley 2171 de 1992⁸³, norma con fuerza de ley expedida en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo transitorio 20 de la Constitución Política de 1991.

⁸³ Cfr. Art. 67.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

El Decreto 260 de 2004⁸⁴ establece la estructura orgánica actual y las funciones de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (AEROCIVIL), sin perjuicio de otras normas de carácter especial que desarrollan, complementan o modifican dicho decreto⁸⁵.

1. Naturaleza jurídica de la AEROCIVIL, asuntos de su competencia y funciones

El art. 1 del Decreto 260 de 2004 señala que:

“La Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil-AEROCIVIL, es una entidad especializada de carácter técnico adscrita al Ministerio de Transporte, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente”.

En cuanto a la competencia de esta entidad, el artículo 2° Decreto 260 de 2004 (modificado por el artículo 1° del Decreto 823 de 2017) señala que:

“Es la autoridad en materia aeronáutica en todo el territorio nacional y le compete regular, certificar, vigilar y controlar a los proveedores de servicios a la aviación civil, el uso del espacio aéreo colombiano y la infraestructura dispuesta para ello.

*Le corresponde también, **con carácter exclusivo**, prestar los servicios a la navegación aérea y operar las ayudas requeridas para que la navegación en el espacio aéreo colombiano se efectúe con seguridad. Así mismo, tiene bajo su responsabilidad la operación, explotación y provisión de servicios aeroportuarios de los aeródromos a su cargo.*

Igualmente, coordinará con la aviación del Estado no necesario para gestionar la seguridad operacional, la seguridad de la aviación civil y la soberanía nacional.

Adelantará la investigación de accidentes, incidentes graves e incidentes en la aviación civil, siendo su objeto determinar las causas y factores que contribuyeron al suceso, para lo cual tendrá acceso irrestricto a los restos de las aeronaves, al lugar de los hechos y al material probatorio, y tendrá control absoluto sobre los mismos, para implementar las acciones correctivas que impidan su repetición y mitiguen los riesgos para el desarrollo seguro de la aviación civil” (Subraya y negrilla fuera del texto).

⁸⁴ Por el cual se modifica la estructura de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil-AEROCIVIL y se dictan otras disposiciones.

⁸⁵ Especialmente el Decreto 1079 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Transporte, las resoluciones expedidas por la AEROCIVIL y el Decreto 823 de 2017.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

En cuanto a sus funciones, el artículo 5 del decreto en comento (modificado por el Decreto 823 de 2017, artículo 2º) señala que “*son funciones generales de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (AEROCIVIL), las siguientes:*”

- 1. Coordinar con el Ministerio de Transporte la definición de políticas y planes generales de aeronáutica civil y transporte aéreo, dentro de los planes generales de aeronáutica civil, propendiendo por el desarrollo aeronáutico del país.*
- 2. Formular propuestas al Ministerio de Transporte para la definición de las políticas y planes generales de aeronáutica civil y transporte aéreo, dentro de planes generales de aeronáutica civil, propendiendo por el desarrollo aeronáutico y aeroportuario del país.*
- 3. Dirigir, organizar y coordinar el desarrollo del transporte aéreo en Colombia.*
- 4. Garantizar el cumplimiento del Convenio sobre Aviación Civil Internacional y sus anexos.*
- 5. Armonizar las disposiciones que promulgue la Organización de Aviación Civil Internacional con los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia y garantizar su divulgación.*
- 6. Desarrollar, interpretar y aplicar en todos sus aspectos las normas sobre aviación civil y transporte aéreo.*
- 7. Vigilar el cumplimiento de las normas aeronáuticas.*
- 8. Regular, vigilar y controlar la navegación aérea que se realice en el espacio aéreo a su cargo.*
- 9. Intervenir y sancionar la violación de los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia.*
- 10. Adoptar las medidas necesarias para asegurar que los proveedores de servicio cumplan las normas relacionadas con la seguridad de los pasajeros, las tripulaciones, el personal en tierra y el público en general, en todos los asuntos relacionados con la salvaguarda contra actos de interferencia ilícita en la aviación civil.*
- 11. Dirigir y mantener el Programa de Seguridad Operacional del Estado.*

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

- 12. Conducir técnicamente, con independencia y autonomía las investigaciones de accidentes, incidentes graves e incidentes de la aviación civil, emitir las recomendaciones y propender por la gestión de la seguridad operacional.*
- 13. Propender por la atención integral y asistencia a las víctimas de accidentes de aviación y sus familiares.*
- 14. Ejecutar las actividades necesarias para administrar, mantener y operar la infraestructura aeronáutica de su competencia.*
- 15. Dirigir, planificar, operar, mantener y proveer, en lo de su competencia, los servicios de navegación aérea.*
- 16. Fomentar y facilitar la investigación en ciencia y tecnología aeronáutica y aeroespacial, a partir de las funciones sustantivas de la educación.*
- 17. Promover el fortalecimiento de la capacitación técnica del personal aeronáutico en el territorio nacional.*
- 18. Fijar y desarrollar la política tarifaria en materia de transporte aéreo nacional e internacional y sancionar su violación.*
- 19. Establecer las tarifas y derechos en materia de transporte aéreo.*
- 20. Recaudar y cobrar las tasas, tarifas y derechos por la prestación de los servicios aeronáuticos y los que se generen por las concesiones, autorizaciones, licencias o cualquier otro tipo de ingreso o bien patrimonial.*
- 21. Promover e implementar estrategias de mercadeo y comercialización que promuevan el desarrollo, crecimiento y fortalecimiento de los servicios del sector aéreo y aeroportuario.*
- 22. Propiciar la participación regional y los esquemas mixtos en la administración aeroportuaria.*
- 23. Coordinar los lineamientos con las demás entidades u organismos nacionales e internacionales, que tengan a su cargo funciones complementarias con la aviación y el transporte aéreo.*
- 24. Conducir, en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores, las relaciones con autoridades aeronáuticas de otros países y con organismos internacionales de aviación civil.*

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

25. *Facilitar la prestación de la asistencia técnica a las entidades de derecho público internacional o de otros países que la soliciten, bajo acuerdos de cooperación bilateral o multilateral.*

26. *Realizar todas las operaciones administrativas y comerciales para el cabal cumplimiento de su objetivo.*

27. *Las demás que señale la ley de acuerdo con la naturaleza del modo de transporte”.*

Respecto de las funciones de la AEROCIVIL el Consejo de Estado ha sostenido:

*“En este orden de ideas, y con base en el citado recuento doctrinal y normativo, el Despacho advierte que, **en nuestro país, las funciones de regulación, inspección, vigilancia y control de la actividad aeronáutica, en general, y del transporte aéreo en particular, se encuentran a cargo de la autoridad aeronáutica, es decir, de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil**”⁸⁶. (Destacado fuera del texto).*

De igual forma, en cuanto a la exclusividad en el ejercicio de dichas funciones, la misma Corporación ha explicado que:

“Conforme a lo señalado por la demandada y lo previsto por la Ley 105 de 1993, es claro que la demandada [AEROCIVIL], como entidad pública descentralizada especial del orden nacional, adscrita al Ministerio de Transporte, tiene como función principal la de ejercer el desarrollo de las operaciones de transporte aéreo nacional, además de celebrar contratos de administración, concesión o similares sobre la propiedad de los aeropuertos del Fondo Aeronáutico Civil, ejercer funciones de reglamentación, control, supervisión y sanción contra entidades o empresas que presten los servicios aeronáuticos y como función prioritaria el mejoramiento de la infraestructura aeroportuaria requerida para los aeropuertos donde se presente el servicios de transporte aéreo.

De lo anterior se deduce que la UAEAC es la única entidad especial del orden nacional que está encargada del manejo del servicio aéreo, aeronáutico y aeroportuario del país, sin que exista otra entidad encargada de desempeñar tales funciones.
(...)

⁸⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Auto del 16 de noviembre de 2019. Consejero Ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés. (Exp. 11001-03-24-000-2017-00239-00), pág. 29 y ss.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Ahora bien, con la modificación efectuada con el Decreto 823 de 2017, se conservaron las mismas potestades en materia de jurisdicción y competencia atribuida a la UAEAC, en el entendido de que esa unidad especial es la única autoridad en materia aeronáutica del país encargada de regular, certificar, vigilar y controlar el servicio de aviación civil, el uso del espacio aéreo y de la infraestructura que se disponga para prestar dicho servicio.
(...)

Asimismo, se extrae que es responsabilidad de la UAEAC realizar la operación, explotación y provisión de servicios aeroportuarios en los aeródromos a su cargo y que la única entidad encargada del manejo del servicio aéreo, aeronáutico y aeroportuario del país es la UAEAC.

Por lo anterior, el Despacho considera que la UAEAC es la autoridad encargada de todo el manejo del servicio de transporte en el país, entendiéndose este servicio como prerrogativas relacionadas con: el transporte aéreo, el servicio aéreo, ser la autoridad en materia aeronáutica y encargada del manejo de la infraestructura aeroportuaria para prestar el servicio de transporte aéreo ⁸⁷.
(Destacado fuera del texto).

Así las cosas, para este Tribunal no cabe duda de que el manejo del servicio aéreo, aeronáutico y aeroportuario del país se encuentra a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil - AEROCIVIL, y no existe otra entidad encargada de desempeñar tales funciones.

Al momento de la suscripción del contrato de concesión 6000169 OK (12 de septiembre de 2006), la AEROCIVIL ostentaba la condición de entidad concedente, u otorgante de la concesión, del Aeropuerto “El Dorado”, que es la infraestructura objeto de concesión en dicho contrato, y al mismo tiempo, la calidad de Autoridad Aeronáutica, en virtud de las normas recién mencionadas. No obstante, dicha circunstancia -original característica del contrato de concesión aeroportuaria que origina esta controversia- fue alterada con la subrogación ordenada por los decretos-ley 4164 y 4165 de 2011, a la cual se hace referencia a continuación.

II. Subrogación de la ANI en el contrato de concesión 6000169 OK del 12 de septiembre de 2006

La subrogación del contrato de concesión 6000169 OK del 12 de septiembre de 2006 se dio, por una parte, en virtud del decreto-ley 4164 de 2011, el cual, en su artículo 1°, estableció:

⁸⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Auto del 16 de mayo de 2018. Consejera Ponente: María Elizabeth García González. (Exp. 11001-03-24-000-2017-00390-00).

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

*“Reasignación de las Funciones Relacionadas con la Estructuración, Celebración y Gestión Contractual de Proyectos de Concesión Asociados a las Áreas de Los Aeródromos. Reasígnase parcialmente al Instituto Nacional de Concesiones (INCO) las funciones contempladas en los numerales **7, 9 y 12 del artículo 5°, numeral 5 del artículo 11 y el numeral 2 del artículo 17 del Decreto 260 de 2004, exclusivamente en lo relacionado con la estructuración, celebración y gestión contractual de los proyectos de concesión** y de cualquier otro tipo de asociación público-privada referida a las áreas de los aeródromos –lado aire y lado tierra–, definidas estas de acuerdo con los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia. **Las demás funciones, en especial las relacionadas con el ejercicio de la Autoridad Aeronáutica, Aeroportuaria y de la Aviación Civil seguirán siendo de competencia de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil**”.* (Destacado fuera del texto).

Por otra parte, el decreto-ley 4165 de 2011, estableció, en su artículo 4, numeral 14, como función general de la Agencia Nacional de Infraestructura:

“Coordinar con el Instituto Nacional de Vías (Invías) y la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil (AEROCIVIL) la entrega y recibo de las áreas y/o infraestructura de transporte asociadas a los proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada a su cargo”.

En virtud de estos decretos-ley se produjo la cesión o subrogación contractual del contrato de concesión 6000169 OK del 12 de septiembre de 2006, en el cual la AEROCIVIL fue reemplazada por la ANI, como entidad concedente u otorgante de la concesión objeto de dicho contrato. Esta subrogación contractual producida en virtud de esas normas de carácter legal tiene unos precisos límites y alcances, señalados en la misma norma, al igual que tiene unas consecuencias claramente delimitadas.

Es necesario advertir que los numerales 7, 9 y 12 del artículo 5 del Decreto 260 de 2004, previa a su modificación por el Decreto 823 de 2017, establecían que eran funciones de la AEROCIVIL:

“7. Promover e implementar estrategias de mercadeo y comercialización que propendan por el desarrollo, crecimiento y fortalecimiento de los servicios del sector aéreo y aeroportuario.

9. Ejecutar las actividades necesarias para conformar, mantener, administrar, operar y vigilar la infraestructura aeronáutica que sea de su competencia.

12. Propiciar la participación regional y los esquemas mixtos en la administración portuaria”.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

De igual forma, el numeral 5 del artículo 11 del decreto en referencia, previa modificación por el Decreto 823 de 2017, establecía que era función de la AEROCIVIL, a través de su Oficina Asesora de Planeación:

“5. Estructurar y evaluar en coordinación con la Oficina de Comercialización e Inversión, proyectos de concesión y descentralización aeroportuaria”.

Así mismo, el numeral 2 del artículo 17 del decreto en cita, previa modificación por el Decreto 823 de 2017, establecía que era función de la AEROCIVIL, a través de su Oficina Comercialización e Inversión:

“2. Propiciar la participación privada para los proyectos de concesión y descentralización aeroportuaria”.

Estas funciones de la AEROCIVIL fueron objeto de reasignación al INCO (hoy ANI) en virtud del Decreto-Ley 4164 de 2011, pero dicha subrogación se limitó, exclusivamente, a lo relacionado con la estructuración, celebración y gestión contractual de los proyectos de concesión, como de forma expresa y clara lo establece el artículo 1° de dicho decreto, en los siguientes términos:

*“Reasígnase parcialmente al Instituto Nacional de Concesiones (INCO) las funciones contempladas en los numerales 7, 9 y 12 del artículo 5°, numeral 5 del artículo 11 y el numeral 2 del artículo 17 del Decreto 260 de 2004, **exclusivamente** en lo relacionado con la estructuración, celebración y gestión contractual de los proyectos de concesión”.* (Destacado fuera del texto).

Respecto de la aplicación de los Decretos-Ley 4164 y 4165 de 2011, en un caso de nulidad en el que se alegaba la falta de competencia de la AEROCIVIL para emitir ciertos actos administrativos, el Consejo de Estado explicó que:

“En efecto, el artículo 3° del Decreto 4165, señala:

*“[...] la infraestructura pública de transporte en todos sus modos y de los servicios conexos o relacionados y el desarrollo de proyectos de asociación público-privada para otro tipo de infraestructura pública cuando así lo determine expresamente el Gobierno Nacional respecto de infraestructuras semejantes a las enunciadas en este artículo, **dentro del respeto a las normas que regulan la distribución de funciones y competencias y su asignación** [...]”.* (negritas del Despacho)

En este caso, se observa que ya existe un otorgamiento de funciones y competencias a la UAEAC, toda vez que la norma especial le otorga la competencia para administrar, celebrar contratos de administración, concesión o similares sobre los aeropuertos que administra; asimismo, es la autoridad

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

*encargada de ejercer funciones de reglamentación, control, supervisión y de sanción sobre quienes prestan el servicio aeroportuario y finalmente tiene como función prioritaria la de realizar el mejoramiento de la infraestructura aeroportuaria requerida para la prestación del servicio aeronáutico. **Por ende, no puede afirmarse categóricamente que la competencia recaiga en la ANI y no en la UAEAC.***

Con todo lo anterior, es claro que hubo una transferencia de funciones en materia contractual respecto a la estructuración, celebración y gestión contractual de proyectos de concesión y de APP; no obstante, esas facultades son únicamente parciales y corresponden a unas medidas transitorias para la mejor prestación del servicio público de transporte en las zonas aeroportuarias del país⁸⁸. (Destacado fuera del texto).

Para el Tribunal resulta claro, entonces, que la reasignación de funciones ordenada por el Decreto-Ley 4164 de 2011 fue limitada, y no implicaba la transferencia a la ANI de las funciones de la AEROCIVIL como autoridad Aeronáutica, Aeroportuaria y de la Aviación Civil.

Así, el Tribunal considera que no existe duda acerca de que la voluntad del entonces legislador extraordinario era limitar, con carácter de exclusividad, el traslado de las funciones anteriormente señaladas -relacionadas con la estructuración, celebración y gestión contractual de las concesiones- de la AEROCIVIL a la ANI; por lo que las demás funciones y competencias de la AEROCIVIL no fueron objeto de traslado, cesión o subrogación a favor de la ANI, tal y como quedó plasmado en la parte final del artículo 1º del Decreto-Ley 4164 de 2011, que dice:

“Las demás funciones, en especial las relacionadas con el ejercicio de la Autoridad Aeronáutica, Aeroportuaria y de la Aviación Civil seguirán siendo de competencia de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil”. (Destacado fuera del texto).

De igual forma, en cuanto al alcance de esta reasignación de funciones (en virtud de la cual se produjo la subrogación del contrato objeto de esta controversia), el Decreto-Ley 4164 de 2011, en su artículo 1º, parágrafo 3º, estableció que:

“Todas las referencias normativas que se refieran a funciones generales o específicas relacionadas con la estructuración, celebración y gestión contractual de proyectos de concesión y otro tipo de asociación público-privada asociada a las áreas de los aeródromos –lado aire y lado tierra– que estén a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil,

⁸⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Auto del 16 de mayo de 2018. Consejera Ponente: María Elizabeth García González. (Exp. 11001-03-24-000-2017-00390-00).

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

deben entenderse referidas al Instituto Nacional de Concesiones o quien haga sus veces". (Destacado fuera del texto).

Según la norma transcrita, sólo las referencias normativas relativas a las funciones relacionadas con la estructuración, celebración y gestión contractual de las concesiones asociadas a las áreas de los aeródromos –lado aire y lado tierra– que estén a cargo de la AEROCIVIL, deben entenderse hechas a la ANI. Nada establece la norma respecto de otro tipo de textos con efectos legales (v.gr. contratos, sentencias o laudos), ni de las referencias normativas relativas a las funciones de la AEROCIVIL relacionadas con el ejercicio de sus funciones como Autoridad Aeronáutica, Aeroportuaria y de la Aviación Civil.

Nótese que el Decreto Ley 4164 de 2011 establecía un periodo de transición para la reasignación de las funciones de la AEROCIVIL al entonces INCO (hoy ANI) siempre que se tratara de contratos de concesión que hubieren sido suscritos por la AEROCIVIL al 1° de enero de 2012, en cuyo caso, la gestión contractual de esos contratos de concesión sería asumida por el INCO (hoy ANI) a partir “*de la fecha la subrogación que se le haga de los mismos a través de acto administrativo*” (Artículo 2 del Decreto Ley 4164).

Así las cosas, el acto administrativo en virtud del cual se hizo la subrogación del contrato de concesión 6000169 OK del 12 de septiembre de 2006 de la AEROCIVIL a la ANI, fue el Acta de Entrega del 27 de diciembre de 2013 suscrita entre dichas entidades; y en este punto es necesario advertir que dicho acto administrativo únicamente trasladó de la AEROCIVIL a la ANI la gestión contractual del contrato de concesión 6000169 OK, mas no el ejercicio de las funciones de la AEROCIVIL como Autoridad Aeronáutica, Aeroportuaria y de la Aviación Civil, tal y como se vio en las normas atrás transcritas y en la jurisprudencia citada del Consejo de Estado.

III. Disposiciones relevantes del contrato de concesión 6000169 OK en cuanto a la subrogación contractual de la AEROCIVIL a la ANI

El contrato de concesión objeto de esta controversia fue suscrito en el año 2006, fecha en la cual la estructuración, celebración y gestión contractual de las concesiones asociadas a las áreas de los aeródromos –lado aire y lado tierra– eran funciones de la AEROCIVIL. Es natural entonces que dentro del clausulado del contrato de concesión 6000169 de 2006, se incluyeran previsiones relacionadas, no solamente con la estructuración y gestión del aeródromo “El Dorado”, sino también previsiones relativas a las actividades de la AEROCIVIL en su calidad de Autoridad Aeronáutica, Aeroportuaria y de la Aviación Civil, como se muestra a continuación:

Cláusula 1.19	Autoridad Nacional de Seguridad Aeroportuaria – Se entenderá como el(la) Director(a) de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil y los funcionarios que designe, para que dentro de su administración sean responsables de la preparación, aplicación y
------------------	---

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

	<i>cumplimiento del Programa Nacional de Seguridad Aeroportuaria en los aeropuertos públicos del país.</i>
Cláusula 1.113	Seguridad Aérea – <i>Se refiere a la combinación de recursos humanos, procedimientos, medidas y dispositivos tecnológicos que habrán de ser implementados por AEROCIVIL, para efectuar el control del tráfico aéreo en Colombia y en el Aeropuerto, lo cual incluye los servicios de protección al vuelo.</i>
Cláusula 1.129	Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil o AEROCIVIL – <i>Será la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (o la entidad que la sustituya en sus funciones), entidad especializada de carácter técnico adscrita al Ministerio de Transporte, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. AEROCIVIL es el resultado de la fusión del Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil (DAAC) y el Fondo Aeronáutico Nacional (FAN). Por consiguiente, si en algún documento aún aparecen referencias a tales denominaciones, aquellas deberán siempre entenderse como alusivas a la UAEAC.</i>
Cláusula 2	OBJETO DEL CONTRATO – <i>El objeto del presente Contrato, es el otorgamiento al Concesionario de una concesión para que de conformidad con lo previsto en el artículo 32, numeral 4, de la Ley 80 de 1993 y en la Ley 105 de 1993, realice por su cuenta y riesgo, la Administración, Modernización y Expansión, Operación, Explotación Comercial y Mantenimiento del Área Concesionada del Aeropuerto El Dorado de la ciudad de Bogotá D.C., bajo el control y vigilancia de la AEROCIVIL.</i> <i>(...)</i> <i>La seguridad Aeroportuaria en el Área Concesionada estará a cargo del Concesionario con el alcance y dentro de los límites previstos en la CLÁUSULA 44 de este mismo Contrato de Concesión.</i> <i>La concesión no incluye todos aquellos bienes necesarios para la prestación del servicio de control de tráfico aéreo en ruta ni la responsabilidad por el correcto funcionamiento de las radio-ayudas aéreas, incluidas las radio-ayudas de aproximación y las comunicaciones en el Aeropuerto, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 3 del artículo 48 de la Ley 105 de 1993. AEROCIVIL se reserva el manejo y la responsabilidad por las funciones de control y vigilancia del tráfico aéreo en ruta.</i>
Cláusula 10	Obligación gg del Concesionario – <i>Atender las instrucciones dadas por escrito por el Director General de AEROCIVIL o su delegado, en las condiciones y términos establecidos en este contrato.</i>
Cláusula 10	Obligación hh del Concesionario – <i>Suministrar a AEROCIVIL, así como a las autoridades de control y vigilancia del Sector que sean</i>

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

	<i>competentes, la información que estas entidades requieran en este Contrato.</i>
Cláusula 11	Obligación J de la AEROCIVIL – <i>No autorizar los planes de vuelo de los Explotadores de Aeronaves cuando se presenten las circunstancias descritas en la cláusula 58.1.3 de la cláusula 58 del presente Contrato.</i>
Cláusula 20.1	Contratos Cedidos – <i>Mediante la suscripción del Acta de Entrega, AEROCIVIL cede su posición contractual en los Contratos Cedidos al Concesionario, en los mismos términos y condiciones suscritos entre las partes originales y desde las 12:00 meridiano del Día Calendario siguiente a la suscripción del Acta de Entrega. En consecuencia, a partir de esa fecha y hora, el Concesionario asumirá la totalidad de los derechos y obligaciones emanadas de los Contratos Cedidos a favor de AEROCIVIL, en tanto dichos derechos y obligaciones no estuviesen directamente asociados al carácter de Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, como es el caso de las cláusulas excepcionales al derecho común, cláusulas que dejarán de ser aplicables.</i>
Cláusula 29	<p>EDIFICACIONES PARA EL USO DE AEROCIVIL – <i>La Torre Administrativa de AEROCIVIL, el Edificio de la Secretaría de Sistemas Operacionales, el Centro de Bienestar y Servicios y el Almacén de AEROCIVIL, serán entregados al Concesionario como parte del Área Concesionada. Hasta el momento en que se inicie la demolición o remodelación de estas estructuras, de conformidad con lo previsto en las Especificaciones Técnicas de Modernización y Expansión y en el Cronograma de Obras, AEROCIVIL continuará haciendo uso de éstas sin que haya lugar a contraprestación alguna a favor del Concesionario por el uso de las mismas. AEROCIVIL se hará cargo de los servicios públicos y del mantenimiento de estas áreas, hasta el momento de su demolición o remodelación, según corresponda.</i></p> <p><i>Una vez completadas las Obras de Modernización y Expansión correspondientes al Nuevo Edificio Administrativo de la AEROCIVIL, conjuntamente con sus lotes de parqueadero de vehículos y el Nuevo Almacén de AEROCIVIL, AEROCIVIL ocupará tales edificaciones y el Concesionario deberá garantizar a AEROCIVIL el uso exclusivo de las mismas, durante toda la vigencia del Contrato de Concesión, y sin que haya lugar a cobro por parte del Concesionario a la AEROCIVIL. AEROCIVIL asumirá todos los costos de dotación de los bienes muebles en las anteriores áreas, el pago de los servicios públicos correspondientes, así como los demás costos correspondientes al uso de las mismas, incluidas las labores de mantenimiento rutinario y las reparaciones locativas, salvo que éstas últimas deban realizarse como consecuencia del</i></p>

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

	<p><i>incumplimiento por parte del Concesionario de las Especificaciones Técnicas de Expansión y Modernización. En todo caso, AEROCIVIL asumirá todas las labores de mantenimiento que no estén expresamente incluidas a cargo del Concesionario en las Especificaciones Técnicas de Mantenimiento.</i></p> <p><i>La Torre de Control será entregada al Concesionario como parte del Área Concesionada y por lo tanto, el Concesionario tendrá la obligación de ejecutar las Obras de Modernización y Expansión y el Mantenimiento de dicha estructura en los términos previstos en las Especificaciones Técnicas de Modernización y Expansión y en las Especificaciones Técnicas de Mantenimiento hasta la Fecha Efectiva de Terminación del Contrato de Concesión.</i></p> <p><i>No obstante lo anterior, el Concesionario deberá garantizar a AEROCIVIL el uso exclusivo de la Torre de Control, durante toda la vigencia del Contrato de Concesión, y sin que haya lugar a cobro por parte del Concesionario a la AEROCIVIL. AEROCIVIL asumirá todos los costos de dotación de bienes muebles de la Torre de Control, el pago de los servicios públicos correspondientes, así como los demás costos correspondientes al uso de la misma, incluidas las labores de mantenimiento rutinario y las reparaciones locativas y en general las labores de mantenimiento que no estén expresamente incluidas a cargo del Concesionario en las especificaciones Técnicas de Mantenimiento.</i></p>
Cláusula 44.1	<p>Seguridad Aérea – AEROCIVIL estará a cargo y será la responsable de la Seguridad Aérea del Aeropuerto en los términos consignados en el parágrafo 3 del artículo 48 de la Ley 105 de 1993 y en la normas nacionales e internacionales aplicables.</p>

LA PRETENSIÓN PRIMERA

Teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial atrás expuesto, conviene ahora analizar las disposiciones contractuales recién transcritas para determinar si es jurídicamente viable acceder a la pretensión primera de la demanda de OPAIN, en la cual el apoderado de la convocante solicita:

“PRIMERA: Solicito se **DECLARE** que, en virtud de lo dispuesto por los decretos Nos. 4164 y 4165 de 2011, así como del ‘Acta de Entrega y Recibo’ de 27 de diciembre de 2013, suscrita entre la AEROCIVIL y la ANI; la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI subrogó a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONAUTICA CIVIL – AEROCIVIL, en las funciones de gestión contractual del Contrato de Concesión No. 6000169OK de 2006, en virtud de lo cual todas las referencias generales y específicas hechas respecto de la AEROCIVIL deben entenderse hechas respecto de la ANI y todos

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

los procesos judiciales posteriores a la citada fecha del 27 de diciembre de 2013 son de ‘entera y exclusiva responsabilidad’ de la ANI”.

Así las cosas, el Tribunal acometerá el estudio de las cláusulas atrás transcritas, con el fin de determinar si todas las referencias generales y específicas hechas respecto de la AEROCIVIL en dichas cláusulas deben ahora entenderse hechas a la ANI, como se pide en esta primera pretensión de la demanda.

Es preciso partir de la base de que los contratos estatales se regulan, principalmente, por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido en la Ley 80 de 1993, así como en sus normas reglamentarias o modificatorias. Adicionalmente, el contrato objeto de esta controversia se rige por las disposiciones pertinentes de la Ley 105 de 1993. En lo no previsto en estas disposiciones⁸⁹, los contratos estatales deberán regirse por lo previsto en las reglas de derecho privado. Entre estas, las reglas generales de interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil y los principios de interpretación de los contratos comerciales comprendidos en los artículos 822 y 823 del Código de Comercio.

Es así como, por virtud del deber contenido en el artículo 28 de la Ley 80 de 1993, la interpretación de las reglas contractuales que se desprenden de un contrato estatal, deberán tener en cuenta “*los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos*”.⁹⁰ Del mismo modo, por virtud de los artículos 3 y 23 la citada ley, los contratos estatales deberán tener en cuenta la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, los postulados de la función administrativa, las normas de conducta de los servidores públicos, las reglas hermenéuticas de los contratos, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

Al respecto, las reglas hermenéuticas de derecho privado también acuden a los postulados de la buena fe y a la naturaleza de la obligación con miras a desentrañar el alcance de las estipulaciones contractuales. Es así como el artículo 1603 del Código Civil establece que “[l]os contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”. Al respecto, en la legislación mercantil el artículo 871 del Código de Comercio dispone que “[l]os contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia,

⁸⁹ El artículo 28, Ley 80 de 1993: “*De la interpretación de las reglas contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, **se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.***” (destacado fuera de texto).

⁹⁰ Artículos 3 y 23 Ley 80 de 1993.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley la costumbre o la equidad natural”.

En materia de interpretación de los contratos, el Consejo de Estado ha definido tres grandes labores que el juzgador deberá estudiar al momento de establecer con precisión los derechos y obligaciones que surgen para las partes, en los siguientes términos:

*“Cuando se trata de establecer los derechos y las obligaciones que surgen en favor y a cargo de las partes en razón de un negocio jurídico, **hay tres grandes labores** que debe emprender el juzgador para la verificación correspondiente.*

*La primera es **la interpretación del negocio jurídico** celebrado que tiene por objeto fundamental constatar el acuerdo al que llegaron las partes, verificar los efectos que estos le señalaron a su convenio y la incorporación de estas comprobaciones al negocio.*

*La segunda es **la calificación del negocio celebrado**, que no es otra cosa que su valoración jurídica, esto es, determinar cuál fue el esquema negocial empleado por los disponentes, precisar las repercusiones jurídicas que de ese esquema se derivan e incorporando estas consecuencias jurídicas al acuerdo.*

*La tercera es **la integración del negocio jurídico** que consiste en incorporarle toda aquella regulación que no tiene su fuente en el acuerdo de las partes sino en la ley y en general en las restantes fuentes del derecho externas al contrato, tales como los principios generales del derecho, la equidad y los usos normativos o costumbres como también se les llama.*

*En lo que atañe a la integración de la ley al contrato debe decirse que han de incorporarse **no sólo las normas legales imperativas sino también las dispositivas**, teniendo en cuenta que las primeras tienen que anidarse de manera ineludible e inmediata en el contrato, independientemente del querer de las partes, mientras que las segundas han de integrarse a falta de estipulación o de acuerdo en contrario de los contratantes, razón por la que en este último caso se dice que estas normas supletivas colman los vacíos dejados por los disponentes pero sólo aquellos que no puedan ni deban ser llenados con los criterios de la hermenéutica negocial, pues en este evento se estaría entonces frente a una labor de interpretación y no a una de integración contractual.*

En síntesis, la precisión de los derechos y de las obligaciones que surgen en favor y a cargo de los contratantes supone que el juzgador

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

realice las siguientes tareas fundamentales: interpretar el acto, valorarlo jurídicamente y finalmente integrarle todos los preceptos extranegociales que le correspondan.

Con otras palabras, el juez debe empezar por enterarse de qué fue lo que convinieron las partes (interpretar), proseguir con la valoración jurídica de lo pactado (calificando el acto, constatando los efectos jurídicos que de él se derivan e incorporando estas consecuencias jurídicas al acuerdo), para finalmente concluir con la integración de las disposiciones externas al contrato que le correspondan (normas imperativas, normas supletivas, principios generales del derecho, la equidad y los usos normativos).

Ahora, estas labores cobran mayor trascendencia en la actividad del juzgador cuando hay discrepancias entre las partes sobre el verdadero esquema negocial por ellos empleado puesto que ante tales divergencias es aquél quien está llamado a puntualizarlo con autoridad y de manera vinculante y definitiva para los contendientes”⁹¹. (Destacado fuera de texto).

Igualmente, el Consejo de Estado ha puesto de presente que existen principios constitucionales aplicables a la contratación pública, señalando, entre otros, el de legalidad, en los siguientes términos:

*“El principio de legalidad, fundante del Estado Social de Derecho, tiene un mayúsculo valor normativo que irradia la convivencia dentro del orden social, pues, a la vez que sujeta las situaciones y relaciones al imperio jurídico y a la obediencia del derecho, define la órbita de responsabilidad de las personas y de las autoridades y, por ende, tiene connotaciones sustantivas para el ejercicio del derecho fundamental a la libertad, habida cuenta que en tanto los administrados pueden hacer todo aquello que no les está prohibido por el orden jurídico, las autoridades únicamente pueden hacer lo que les está legalmente permitido y autorizado. **Así, está por fuera de discusión que las actuaciones del Estado -y la contratación lo es- se rigen por el principio de legalidad, según el cual, los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones asignadas específicamente en la Constitución y en la ley** y, en consecuencia, son responsables, entre otras razones, por infringir tales disposiciones y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, conforme a lo dispuesto en los artículos 6º, 121 y 122 de la Constitución Política.*

En efecto, la Corporación ha manifestado que dicho principio, regulador de la organización estatal y garantía de control del poder público, implica que las competencias que cada funcionario detenta, le hayan sido asignadas

⁹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia de 6 de julio de 2015. Radicación número: 20001-23-31-000-2009-00077-01 (39.122).

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

previamente a su ejercicio por la misma Constitución, por la ley o el reglamento y, por lo mismo, defiende al ciudadano contra los abusos del poder del Estado, para establecer condiciones igualitarias y equitativas entre éste y los particulares, salvo en lo que de manera excepcional y con el fin de garantizar el orden público y la prevalencia de los intereses de los asociados, la Constitución o la ley faculden en sentido contrario, razones que tienen plena aplicación en materia de contratación estatal, tal y como lo ha explicado la Sección Tercera en el siguiente fallo:

“...En un Estado de Derecho la actividad de la administración está determinada por un principio de legalidad, el que, al tiempo que le otorga prerrogativas le impone también sujeciones; entre éstas se destacan, dentro de la etapa previa a la celebración del contrato, el cumplimiento riguroso de las formalidades establecidas por la ley para la selección del contratista; con esa finalidad, la entidad pública interesada tiene a su favor la prerrogativa de elaborar un pliego de condiciones pero, una vez elaborado y adquirido por los posibles oferentes, tiene la sujeción de actuar en consonancia con las reglas que, en un amplio margen de discrecionalidad, consagró unilateralmente en dicho pliego. De allí que, en el camino de escoger al contratista y de celebrar el contrato con quien resulte agraciado, el pliego de condiciones sea la ley que deben observar y obedecer tanto el particular como la administración pública; (...) Las premisas anteriores conducen a concluir que el oferente tendrá que ajustarse a las exigencias del pliego si pretende que su propuesta sea considerada en el concurso...”(Subraya la S.).

*Por lo tanto, en materia de contratación estatal, la Ley 80 de 1993, en virtud del principio de legalidad, consagra las normas y principios jurídicos que tienen la finalidad principal de seleccionar objetivamente al contratista, y que, en tratándose de procesos y mecanismos de selección implican que sea una **actividad reglada de la administración, en la que no tiene cabida la discrecionalidad absoluta, ni la autonomía de la voluntad que se erige en postulado para el contrato**, según lo previsto en los artículos 13, 32, y 40 del citado estatuto, de conformidad con los cuales los contratos estatales se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esa misma ley, así como que las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.*

*Por eso ha recalcado la S. que, **en virtud del principio de legalidad, de un lado, las partes -administración y contratista- deben encauzar la formación de la voluntad negocial dentro de las reglas de la gestión contractual pública prescritas por la ley, teniendo el deber de respetar la ley en su sentido formal y material, como las demás fuentes del ordenamiento jurídico, especialmente las del derecho administrativo y en particular los***

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

reglamentos y los pliegos de condiciones; y de otro lado, que quienes tengan interés en formalizar compromisos con la administración deben sujetarse a esos reglamentos y condiciones especiales de contratación.

*En consecuencia, el principio de legalidad es de medular aplicación en la contratación pública, dado que es **presupuesto de validez de la actuación contractual en todas sus manifestaciones (precontractual y contractual), y se concreta en el postulado según el cual ella debe estar conforme con el ordenamiento jurídico***⁹². (Destacado fuera del texto).

En esa medida, la labor interpretativa del contrato de concesión objeto de esta controversia no puede de ninguna manera desconocer el principio de legalidad, sino que, por el contrario, debe estar conforme con el ordenamiento jurídico; especialmente con el marco de competencias y funciones de la AEROCIVIL y de la ANI, previamente señalados.

Por su parte, en cuanto a las reglas hermenéuticas de interpretación previstas en la legislación civil y mercantil, es preciso acudir a lo expresado en esta materia por la Corte Suprema de Justicia:

*“Para averiguar el querer de los obligados, a más del tenor literal de sus cláusulas y las directrices establecidas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, 5° y 823 del Código de Comercio, debe tener en cuenta el intérprete diversos factores que inciden en el acuerdo, **tales como las condiciones particulares de los intervinientes y su proceder en los diferentes momentos contractuales, esto es, antes, durante y después de su celebración**, de tal manera que se refleje de manera precisa el ánimo que los inspiró a vincularse”*⁹³. (Destacado fuera de texto).

Dicho lo anterior, y con el objetivo de determinar si es jurídicamente viable acceder a la pretensión primera de la demanda de OPAIN, bajo el entendido de que todas las referencias hechas a la AEROCIVIL en dichas cláusulas deben ahora entenderse hechas a la ANI, el Tribunal empezará por definir y determinar el alcance de cada una de las diversas reglas hermenéuticas aplicables al contrato de concesión 6000169 OK de 2006, para luego aplicarlas en forma detallada al caso sometido a su consideración.

⁹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejera Ponente: Ruth Stella Corre Palacio. Sentencia de 3 de diciembre de 2007. Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01(25206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01(25409); 1100-10-326-000-2003-000-10-01(24524); 1100-10-326-000-2004-000-21-00(27834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01(25410); 1100-10-326-000-2003-000-71-(26105); 100-10-326-000-2004-000-34-00(28244); 1100-103-26-000-2005-000-50-01(31447) Acumulados-.

⁹³ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil; Sentencia del 24 de Julio de 2012, M.P.: Fernando Giraldo Gutiérrez, Exp. 1100131030392005-00595-01.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

A. La intención de las partes como criterio de interpretación de los contratos (art. 1618 del C.C.)

En esta labor interpretativa, aplicando el artículo 1618 del Código Civil, se debe buscar la “*intención de los contratantes*”, y si ésta es “*conocida claramente*”, debe estarse a ella, más que a “*lo literal de las palabras*”. Es decir que, para aplicar la regla bajo estudio, deberá estudiarse el pacto escrito convenido por las partes en contraste con los demás elementos de juicio, con miras a desentrañar la verdadera intención de las partes con ocasión de la suscripción del contrato de concesión 6000169 de 2006.

Al respecto, la jurisprudencia ha sentado criterios que definen la forma en la que deberá realizarse tal interpretación. Con relación al artículo 1618 del Código Civil, la Corte Suprema Justicia ha indicado que:

*“[E]n sentencia de 7 de febrero de 2008 y reiterada el 30 de agosto de 2011, exp. 2001-06915 y 1999-01957, advirtió la Corte que ‘la interpretación se predica de los negocios jurídicos existentes, es ulterior a la existencia del acto dispositivo y, en rigor, consiste en establecer y precisar la relevancia normativa de su sentido conformemente a la ‘recíproca intención de las partes’ (art. 1618 C.C.), de ordinario plasmada en las **cláusulas, párrafos, condiciones o estipulaciones, a las cuales, sin embargo, no se reduce ni supedita, por cuanto, aun siendo ‘claro’ el sentido idiomático, literal o textual de las palabras, en toda divergencia a propósito, impónese reconstruirla, precisarla e indagarla según el marco de circunstancias, materia del negocio jurídico, posición, situación, conocimiento, experiencia, profesión u oficio de los sujetos, entorno cultural, social, económico, político, geográfico y temporal en una perspectiva retrospectiva y prospectiva, esto es, considerando además de la celebración, ejecución y conducta práctica negocial, la fase prodrómica, de gestación o formación teniendo en cuenta que ‘...los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción de un consentimiento contractual no son intrascendentes; por el contrario, una vez formado el consentimiento son parte integrante de él, y su importancia se traduce en servir de medios auxiliares para interpretar la verdadera intención de las partes, cristalizada en las cláusulas del contrato’ (cas. civ. junio 28/1989)”⁹⁴. (Destacado fuera de texto).***

Por su parte, el Consejo de Estado ha sostenido que:

*“Si bien es cierto que el artículo 1618 establece que la intención de los contratantes prevalece sobre el sentido gramatical, también lo es que, de manera armónica con el artículo 1627 –“El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación...”–, **impone al intérprete tomar el texto como primer elemento,***

⁹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil; Sentencia del 24 de Julio de 2012, M.P.: Fernando Giraldo Gutiérrez, Exp. 1100131030392005-00595-01.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

pues se entiende que la voluntad del autor reside en su declaración final⁹⁵
(Destacado fuera de texto).

B. Interpretación sistemática del contrato (art. 1622 del C.C.)

La regla de interpretación sistemática o coherente del contrato encuentra origen en lo consagrado por el artículo 1622 del Código Civil, por virtud del cual:

“ARTICULO 1622. INTERPRETACIONES SISTEMATICA, POR COMPARACION Y POR APLICACION PRACTICA. Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.

O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte”.

La jurisprudencia también ha definido el alcance de la regla hermenéutica bajo estudio. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha expresado lo siguiente:

“En esas otras cláusulas trasuntadas, se patentiza la necesidad de interpretar sistemáticamente todo el articulado negocial —regla también aneja a los convenios atípicos— conforme lo ordenado en el precepto 1622 del Código Civil que establece que las previsiones de un acuerdo se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Cada disposición pactada, como toda norma jurídica, no es una isla solitaria en el universo contractual. Ella va acompañada por normas antecedentes y subsiguientes que ayudan a su mejor entender o que reclaman una visión articulada de todos los textos que integran la operación.

El negocio jurídico es un arreglo de voluntades que por lo general constituye un sistema y, en consecuencia sus estipulaciones deben apreciarse en forma coordinada y armónica; no como elementos autónomos e independientes, porque de esta suerte se podría desarticular y romper aquella unidad, se sembraría la confusión y se correría el riesgo de

⁹⁵ Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa Administrativa, Sección Tercera. C.P. Danilo Rojas Betancourth, Sentencia del 29 de agosto de 2012. Radicado No 250002326000199703808 01 (21077).

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

hacerle producir a la convención efectos que las partes ni siquiera sospecharon.⁹⁶.(Destacado fuera de texto).

A su vez, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

*“[...] la Sala encuentra pertinente recordar que existe una regla de interpretación, consagrada en diferentes artículos de nuestro ordenamiento jurídico, denominada **interpretación sistemática o coherente**, la cual pone de presente la correlación entre las partes constitutivas de un discurso, como de cada manifestación del pensamiento, y su referencia común al todo del que hacen parte –‘incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iuducare vel respondere’. **La correlación y referencia posibilitan la iluminación recíproca del significado entre el todo y los elementos constitutivos.***

9.1 De conformidad con este criterio, los pliegos y la propuesta deben ser interpretados en función de las diferentes partes que los conforman, sin aislar o separar una de ellas del conjunto [...]”⁹⁷

Para la aplicación de esta regla, resulta relevante anotar que por virtud del postulado previsto en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, *“en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”*. Es decir que, una interpretación sistemática o coherente, exige el análisis de las demás leyes aplicables al contrato de concesión, así como de sus modificaciones, adendas, e incluso de todos los actos que forman parte de la etapa precontractual. En ese sentido, el Consejo de Estado ha señalado que:

“Entonces, el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 preceptúa que en los contratos se entienden incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración o, lo que es lo mismo, que en principio y por regla general la normatividad sobreviniente no se integra ni rige a los contratos celebrados con anterioridad.

Es en atención a lo anterior que la Ley 80 de 1993 – ley vigente para el momento de los hechos- estableció:

‘ART. 78.—De los contratos, procedimientos y procesos en curso. Los contratos, los procedimientos de selección y los procesos judiciales en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley,

⁹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Margarita Cabello Blanco. Bogotá, D.C., 22 de julio de 2015. Radicación nº 11001 31 03 039 2009 00161 01

⁹⁷ Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa Administrativa, Sección Tercera. C.P. Danilo Rojas Betancourth, Sentencia del 29 de agosto de 2012. Radicado No 250002326000199703808 01 (21077).

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

continuaran sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación’.

En este sentido, el Consejo de Estado, en sentencia de 30 de octubre de 2003 manifestó:

‘Además en la materia particular del caso debe tenerse en cuenta que la Ley 153 de 1887 establece que en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración salvo aquellas referidas al modo de reclamar los derechos contractuales y las penas en caso de infracción de las estipulaciones, pues ambas excepciones se rigen con arreglo a las leyes vigentes para ese momento; y que los actos y contratos celebrados en vigencia de la norma antigua podrán demostrarse con los medios probatorios que esa norma disponía pero aplicando la nueva ley respecto de la forma de rendirse la prueba (arts. 38 y 39).

En esa materia se han aplicado por regla general los mismos principios de irretroactividad y de aplicación inmediata de la ley y excepcionalmente la norma anterior, por disposición expresa, y casi siempre tratándose de actuaciones que estaban en curso para cuando entró a regir la nueva ley; así ocurren en todos los estatutos contractuales legales del Estado en Colombia.’

En conclusión, la Sala ha sostenido que según lo previsto por el artículo 78 de la Ley 80 de 1993 concordante con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, se debe aplicar la ley vigente al momento de la celebración del contrato estatal, dándose aplicación de esta manera al principio de irretroactividad, según el cual, las leyes rigen desde el momento de entrada en vigencia y por lo tanto prevalecen sobre las anteriores, es decir que son de aplicación inmediata excepto cuando se trate de términos que hubieren empezado a correr, actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, pues estas se rigen por la ley vigente al tiempo de su iniciación.”⁹⁸.(Destacado fuera de texto).

Esta integralidad del contrato, con sus elementos esenciales, naturales y accidentales también ha sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia en diversos pronunciamientos:

⁹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia del 28 de mayo de 2015. Rad.: 7600123310002004000558 01 (36.407).

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

*“[...] baste indicar que en el régimen de la responsabilidad negocial, imperan los principios de la **fides** y de la **utilitas**; el contenido de un negocio jurídico y, por tanto, de las obligaciones generadas, **es un todo homogéneo, unitario, complejo y compuesto** por el conjunto de sus elementos esenciales (esentialia negotia), naturales (naturalia negotia) o accidentales (accidentalia negotia) tal como dispone el artículo 1501 del Código Civil y a la luz de los artículos 1602 y 1603 esjudem y 871 del Código de Comercio, obliga a su cumplimiento de buena fe en todo cuanto le pertenece según su esencia, naturaleza, a lo expresamente pactado y a lo que le corresponde según la ley, la costumbre y la equidad[...].”⁹⁹.(Destacado fuera de texto).*

*“[...] cumple advertir **que el contenido del negocio jurídico constituye un todo compacto, homogéneo** y está integrado con todo cuanto le pertenece por definición (esentialia negotia), ley, uso, costumbre o equidad (naturalia negotia), y lo expresamente convenido (accidentalia negotia), incorporando per se las disposiciones legales consagratorias de sus efectos (artículos 864 y 871, Código de Comercio; 1501, 1602 y 1603, Código Civil) [...]”¹⁰⁰ (destacado fuera de texto).*

Lo propio es igualmente confirmado por el Consejo de Estado, entidad que haciendo uso de la regla de interpretación sistemática o coherente del contrato estatal, propone incluso considerar los pliegos de condiciones y las propuestas para que sean todos estos instrumentos interpretados en conjunto y sin aislar sus cláusulas, con el propósito de obtener un resultado funcional. Al respecto, esa Corporación ha indicado que:

*“8.3 Para efectos de determinar si la propuesta de los actores se sujetó a lo exigido en los pliegos de condiciones, corresponde adelantar un proceso de interpretación, en desarrollo del cual ha recordarse que la hermenéutica de los objetos jurídicos –ley, contrato, acto administrativo, sentencia, etc.– es un proceso que tiene como **propósito desentrañar el sentido de los textos respectivos** y que el primer instrumento que debe utilizarse para ello es la materia sobre la cual se exterioriza la voluntad de quien lo ha creado, es decir, el texto jurídico.*

*8.3.1 Diferentes fuentes de la tradición jurídica romana –‘cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio’– y medieval –‘in claris non fit interpretatio’–, incorporadas ampliamente dentro de nuestro ordenamiento jurídico –‘Artículo 27.- **Cuando el sentido de la ley sea***

⁹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P. William Namén Vargas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Exp. 11001-3103-039-2000-00310-01.

¹⁰⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P. William Namén Vargas. Sentencia de 2 de julio de 2010. Exp. 11001-3103-032-2001-00847-01.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consulta su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.’ ‘Artículo 1618.- Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras.’— guían al intérprete judicial en el sentido señalado, al poner de presente cuán importante es **lo literal para interpretar un objeto, como punto de partida del trabajo respectivo**. Si bien es cierto que el artículo 1618 establece que la intención de los contratantes prevalece sobre el sentido gramatical, también lo es que, de manera armónica con el artículo 1627 —“El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación...”—, **impone al intérprete tomar el texto como primer elemento, pues se entiende que la voluntad del autor reside en su declaración final**, salvo que se conozca claramente y que se acredite en el proceso judicial, que su intención era diferente a la que aparece en el texto.

“8.3.2 En ningún momento sugiere la Sala una posición literal o exégeta que agote el proceso hermenéutico en el texto —algo así constituiría claramente un error, pues el texto obedece a un contexto que habrá lugar a analizar para discernir el significado relevante para el derecho—, pero sí afirma **que el primer paso que se debe adelantar con el propósito de entender jurídicamente el pliego de condiciones y la propuesta de los oferentes, precisa de atención, detenimiento y cuidado en el sentido gramatical correspondiente, como reflejo de la intención final del autor del texto**, pues en muchos casos este criterio será preponderante y suficiente.[...]

“9 No obstante lo anterior, la Sala encuentra pertinente recordar que existe una regla de interpretación, consagrada en diferentes artículos de nuestro ordenamiento jurídico, denominada **interpretación sistemática o coherente**, la cual pone de presente la correlación entre las partes constitutivas de un discurso, como de cada manifestación del pensamiento, y su referencia común al todo del que hacen parte —‘incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere’—. La correlación y referencia posibilitan la iluminación recíproca del significado entre el todo y los elementos constitutivos¹⁰¹. (Destacado fuera del texto).

Así, la integración normativa del contenido contractual comienza con las leyes vigentes al tiempo de la celebración del contrato como elementos naturales (*naturalia negotia*) por disposición legal. Sin embargo, tal como se sostuvo en el Laudo Arbitral emitido

¹⁰¹ Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa Administrativa, Sección Tercera. C.P. Danilo Rojas Betancourth, Sentencia del 29 de agosto de 2012. Radicado No 250002326000199703808 01 (21077).

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

con ocasión del proceso promovido por *Este Es mi Bus S.A. contra Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. Transmilenio S.A.*,¹⁰² existe la posibilidad de que las partes, en ejercicio de su libertad contractual modifiquen, sustituyan o excluyan elementos del contrato, las cuales también entrarán a formar parte integral del mismo en forma conjunta, armónica y sistemática:

“En línea de principio, las partes en ejercicio de su libertad contractual, podrán estipular en contrario y excluir, sustituir o modificar los elementos naturales del contrato, en singular respecto de ciertas normas jurídicas que se entienden incorporadas per ministerium legis, al contenido del contrato mediante una estipulación (accidentalía negotia), siempre que la misma ley no lo prohíba, excluya ni concierna a materias de ius cogens (orden público), esto es, no contraríen normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres u obedezca a abusos de poder dominante contractual, cláusula abusiva, abuso del derecho o aprovechamiento de la manifiesta condición de inferioridad, indefensión o debilidad de una parte¹⁰³. A tal efecto, las estipulaciones de los contratos ceñidas al ordenamiento jurídico prevalecen sobre normas legales dispositivas o supletivas (artículo 4°, C. de Co). En cambio, las normas imperativas no admiten posibilidad de modificación o exclusión.

La síntesis de las pruebas y de los documentos contractuales precedentes, permiten concluir que como se previó en el numeral 1.3 de los Pliegos de la Licitación Pública TM-DT-001-2006, el “marco legal” de la misma “y de los contratos” está conformado por el conjunto de las disposiciones jurídicas allí indicadas, con el sentido y alcance que las partes las acordaron en el Contrato de Concesión No. 001 de 2006, sus anexos y documentos integrantes. No, por efecto de la integración normativa, sino de lo pactado y en la forma estipulada.

[...]

Por otra parte, en presencia de cambios, modificaciones, sustituciones o adiciones al contenido del contrato, han de examinarse en forma conjunta, armónica y sistemática para auscultar en sus estipulaciones, iniciales y ulteriores, la común intención de las partes.

En esta dirección, la jurisprudencia ha dicho que los [a]cuerdos celebrados

¹⁰² Laudo Arbitral de *Este Es mi Bus S.A. contra Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. Transmilenio S.A.* 6 de julio de 2018. Página 124, 125 y 153.

¹⁰³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 8 de septiembre de 2011, Exp. 11001-3103-026-2000-04366-01: “[...] las libertades ciudadanas, dentro de éstas la contractual, a falta de prohibición expresa, clara e inequívoca del legislador, tienen vocación de libertad, las sanciones excepcionales, y todas las “disposiciones legales que establecen causas de nulidad en los actos y contratos son de interpretación estricta, según la regla de que las leyes odiosas han de entenderse dentro de sus términos precisos, sin que puedan aplicarse a casos no expresados en ellas” (cas. civ. de 13 de noviembre de 1923. G.J., tomo XXX, pág. 212)”.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

*posteriormente al contrato original, amplían el entramado contractual básico o matriz, y la labor del interprete, en tal virtud, consistirá en auscultar el contenido íntegro del tejido contractual, integrado por la pluralidad de negocios o acuerdos celebrados por las partes, con el fin de esclarecer cuales de las estipulaciones inicialmente establecidas han sido modificadas o adicionadas y cuales no. **Expresado de otro modo, el hermeneuta deberá, in complexu, analizar la integridad de manifestaciones volitivas que, articuladas, conforman una red negocial, objeto de auscultación. De allí, que no puedan interpretarse tales agregaciones o adiciones como pactos insulares**, pues '[c]uando un contrato es reformatorio de otro, deben tenerse en cuenta, para fijar su inteligencia, las cláusulas de ambos y no tan solo las del segundo'*".(Destacado fuera de texto).¹⁰⁴.

C. Interpretación lógica y el efecto útil del contrato (art. 1620 del C.C.)

La denominada regla de interpretación lógica o del efecto útil del contrato, encuentra origen en lo previsto por el artículo 1620 del Código Civil por virtud del cual "[e]l sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno". Según lo explica la Corte Suprema de Justicia, lo expuesto en la precitada norma:

*"Significa que si la interpretación de una cláusula puede aparejar dos sentidos diversos, uno de los cuales le restaría –o cercenaría- efectos, o desnaturalizaría el negocio jurídico, dicha interpretación debe desestimarse, por no consultar los cánones que, de antiguo, estereotipan esta disciplina."*¹⁰⁵

Esta misma Corporación, haciendo uso de la amplia jurisprudencia dictada sobre la materia, ha reiterado lo siguiente en cuanto a la regla hermenéutica bajo estudio:

"[e]l sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno" (art. 1620 C.C.), privilegiándose la conservación del negocio jurídico, la utilidad respecto de la irrelevancia y la eficacia sobre la ineficacia del acto (effet utile, res magis valeat quam pereat).

*'De esta forma, cuando la estipulación admite diversos significados **prevalece el sentido racional coherente con la función práctica o económica de los intereses dispositivos**, por lo común, dignos de tutela*

¹⁰⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 12 de noviembre de 1897. Gaceta Judicial, año 13, pág. 117.

¹⁰⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Sentencia del 28 de febrero de 2005. Referencia: Exp. No. 7504

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

*y reconocimiento normativo (art. 1620 C.C.) y la inherente a la regularidad del acto dispositivo respecto de su ineficacia o invalidez, in favorem validitatis pacti, y en „casos ambiguos, lo más conveniente es aceptar que la cosa de que se trata más bien sea válida que no que perezca’ [...] Por ende, frente a diversas interpretaciones prevalece la que **preserve la inteligencia más concorde con el acto, su relevancia y función** [...]”.*(Destacado fuera de texto).

D. Acerca de la regla “contra proferentem” (art. 1624 del C.C.)

Entre las reglas hermenéuticas estudiadas, es relevante destacar la regla subsidiaria contenida en el artículo 1624 del Código Civil por virtud de la cual, en caso de subsistir duda luego de aplicar las pautas contempladas en los artículos 1618 a 1623 del citado código, las estipulaciones ambiguas deberán ser interpretadas a favor del deudor (*favor debitoris* o *pro debitoris*), pero las extendidas por una parte, acreedora o deudora se interpretarán en su contra, siempre que la ambigüedad provenga de omitir la explicación debida (*interpretatio contra proferentem* o *stipulatorem*). Sobre la regla *contra proferentem*, la Corte Suprema de Justicia ha indicado lo siguiente:

*“Otra regla más, resaltada a menudo por su aplicación a veces exagerada en materia de **contratos de adhesión**, es la que contiene el artículo 1624 del Código Civil, **regla meramente subsidiaria** que sólo debe aplicarse en la medida en que hayan fracasado los esfuerzos de interpretación realizados con base en las demás reglas contenidas en los artículos 1619 a 1623 del Código Civil. Establece el precepto que ‘no pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que ha debido darse por ella’.*

[...]

*Pero si el texto del contrato, aun el de seguro, no es claro, es necesario auscultar la intención común, para lo cual resulta de utilidad si las mismas partes han interpretado de consuno dicho texto, bien con ocasión de contratos similares anteriores o ya por la aplicación práctica que del contrato hayan hecho. **Si permanece la duda o la ambigüedad**, y sin perjuicio de la investigación de la intención común mediante los medios probatorios legalmente admisibles, las demás reglas de interpretación (que apuntan más a un plano objetivo, esto es, a la letra del contrato y no a la intención de las partes) se aplicarán en segundo lugar, **dejando para una última posibilidad, la norma del artículo 1624 del Código Civil, que además de criterio de hermenéutica, es la aplicación de tres principios: el de “favor debitoris” (inciso 1º) y los de “contra stipulatorem”(contra el predisponente) y el de no poder alegar la***

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

*propia torpeza o culpa en beneficio propio (non auditur propriam allegans turpitudinem) (inciso 2º).*¹⁰⁶ (destacado fuera de texto).

E. Revisión particular de algunas cláusulas relevantes del contrato de concesión 6000169 de 2006

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones en materia de interpretación de los contratos, y el principio de legalidad que también es aplicable a la labor interpretativa de los contratos estatales, el Tribunal procederá a estudiar el contenido preciso y el alcance de algunas de las previsiones contractuales pactadas por las partes en cuanto a la subrogación del contrato de concesión 6000169 de 2006 de la AEROCIVIL a la ANI, en particular aquellas en las que la mención a la AEROCIVIL ofrece dudas acerca si la referencia a esta entidad se hizo en su condición de entidad concedente, u otorgante de la concesión, o en su condición de Autoridad Aeronáutica.

Cláusula 1.19	Autoridad Nacional de Seguridad Aeroportuaria – Se entenderá como el(la) Director(a) de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil y los funcionarios que designe, para que dentro de su administración sean responsables de la preparación, aplicación y cumplimiento del Programa Nacional de Seguridad Aeroportuaria en los aeropuertos públicos del país.
------------------	---

Esta cláusula hace parte de la sección de definiciones del contrato de concesión 6000169 de 2006, y a la luz de la regla de la interpretación sistemática del contrato (art. 1622 del Código Civil), no puede entenderse que la cesión contractual (o subrogación contractual), mutó esta definición, para ahora señalar que la AEROCIVIL ya no es la Autoridad Nacional de Seguridad Aeroportuaria, sino que lo es la ANI, toda vez que la ANI no tiene las facultades legales para ejercer como Autoridad Nacional de Seguridad Aeroportuaria.

El alcance a la cesión contractual que pretende OPAIN es contraria al principio de legalidad, pues dentro de las funciones asignadas a la AEROCIVIL, según el Decreto 260 de 2004, se encuentran, entre otras, las de:

- Dirigir, organizar y coordinar el desarrollo del transporte aéreo en Colombia. (Numeral 3, art. 5).
- Desarrollar, interpretar y aplicar en todos sus aspectos las normas sobre aviación civil y transporte aéreo. (Numeral 6, art. 5).
- Vigilar el cumplimiento de las normas aeronáuticas. (Numeral 7, art. 5).
- Adoptar las medidas necesarias para asegurar que los proveedores de servicio cumplan las normas relacionadas con la seguridad de los

¹⁰⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P. Jorge Santos Ballesteros. Sentencia del 1 de agosto de 2002. Exp. 6907.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

pasajeros, las tripulaciones, el personal en tierra y el público en general, en todos los asuntos relacionados con la salvaguarda contra actos de interferencia ilícita en la aviación civil. (Numeral 10, art. 5).

En esa medida, la referencia a la AEROCIVIL que hace esta cláusula no puede ser entendida, por virtud de la subrogación contractual, hecha a la ANI, pues la aquí convocada no tiene las facultades legales necesarias para fungir como Autoridad Nacional de Seguridad Aeroportuaria. Adicionalmente, tal y como lo ha sostenido el Consejo de Estado, la AEROCIVIL ejerce dichas facultades de forma exclusiva.

Cláusula 1.113	Seguridad Aérea – <i>Se refiere a la combinación de recursos humanos, procedimientos, medidas y dispositivos tecnológicos que habrán de ser implementados por AEROCIVIL, para efectuar el control del tráfico aéreo en Colombia y en el Aeropuerto, lo cual incluye los servicios de protección al vuelo.</i>
-------------------	--

Esta cláusula está igualmente comprendida dentro del acápite de definiciones del contrato 6000169 de 2006, y a la luz de la regla de la interpretación sistemática del contrato (art. 1622 del Código Civil), no puede entenderse que la cesión contractual (o subrogación contractual), mutó esta definición, para ahora señalar que la AEROCIVIL ya no es la entidad que debe implementar los *recursos humanos, procedimientos, medidas y dispositivos tecnológicos para efectuar el control del tráfico aéreo en Colombia y en el Aeropuerto*, sino que lo es la ANI, toda vez que la ANI no tiene las facultades legales para ejercer el control del tráfico en el Aeropuerto, ni mucho menos en todo el territorio nacional.

El alcance a la cesión contractual que pretende OPAIN es contrario al principio de legalidad, pues dentro de las funciones asignadas a la AEROCIVIL, según el Decreto 260 de 2004, se encuentran, entre otras, las de:

- Dirigir, organizar y coordinar el desarrollo del transporte aéreo en Colombia. (Numeral 3, art. 5).
- Regular, vigilar y controlar la navegación aérea que se realice en el espacio aéreo a su cargo. (Numeral 8, art. 5).

Igualmente, según el artículo 2 del decreto en mención, es competencia **exclusiva** de la AEROCIVIL “*prestar los servicios a la navegación área y operar las ayudas requeridas para que la navegación en el espacio aéreo colombiano se efectúe con seguridad*”.

En esa medida, la referencia a la AEROCIVIL que hace esta cláusula no puede ser entendida, por virtud de la subrogación contractual, hecha a la ANI, pues la aquí convocada no tiene las facultades legales necesarias para efectuar el control del tráfico aéreo en el Aeropuerto “El Dorado”, ni mucho menos en todo el territorio nacional.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Cláusula 1.129	Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil o AEROCIVIL – <i>Será la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (o la entidad que la sustituya en sus funciones), entidad especializada de carácter técnico adscrita al Ministerio de Transporte, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. AEROCIVIL es el resultado de la fusión del Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil (DAAC) y el Fondo Aeronáutico Nacional (FAN). Por consiguiente, si en algún documento aún aparecen referencias a tales denominaciones, aquellas deberán siempre entenderse como alusivas a la UAEAC.</i>
-------------------	---

Esta cláusula, al igual que las anteriores, hace parte de la sección de definiciones del contrato de concesión 6000169 de 2006, y a la luz de la regla de la interpretación sistemática del contrato (art. 1622 del Código Civil), no puede entenderse que la cesión contractual (o subrogación contractual) mutó esta definición, para ahora señalar que la ANI es ahora la *“entidad especializada de carácter técnico adscrita al Ministerio de Transporte, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. AEROCIVIL es el resultado de la fusión del Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil (DAAC) y el Fondo Aeronáutico Nacional (FAN)”*, toda vez que la ANI no tiene las facultades legales para sustituir a la AEROCIVIL, ni es una entidad especializada de carácter técnico con las capacidades para fungir como Autoridad Aeronáutica.

El alcance a la cesión contractual que pretende OPAIN es contraria al principio de legalidad, pues, según el artículo 2 del Decreto 260 de 2007, la AEROCIVIL es:

“Es la autoridad en materia aeronáutica en todo el territorio nacional y le compete regular, certificar, vigilar y controlar a los proveedores de servicios a la aviación civil, el uso del espacio aéreo colombiano y la infraestructura dispuesta para ello.

*Le corresponde también, **con carácter exclusivo**, prestar los servicios a la navegación aérea y operar las ayudas requeridas para que la navegación en el espacio aéreo colombiano se efectúe con seguridad. Así mismo, tiene bajo su responsabilidad la operación, explotación y provisión de servicios aeroportuarios de los aeródromos a su cargo.*

Igualmente, coordinará con la aviación del Estado no necesario para gestionar la seguridad operacional, la seguridad de la aviación civil y la soberanía nacional.

Adelantará la investigación de accidentes, incidentes graves e incidentes en la aviación civil, siendo su objeto determinar las causas y factores que contribuyeron al suceso, para lo cual tendrá acceso irrestricto a los restos de las

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

aeronaves, al lugar de los hechos y al material probatorio, y tendrá control absoluto sobre los mismos, para implementar las acciones correctivas que impidan su repetición y mitiguen los riesgos para el desarrollo seguro de la aviación civil” (Subraya y negrilla fuera del texto).

En esa medida, la referencia a la AEROCIVIL que hace esta cláusula no puede ser entendida, por virtud de la subrogación contractual, hecha a la ANI, pues la aquí convocada no tiene las facultades legales necesarias para fungir como Autoridad Aeronáutica. Adicionalmente, tal y como lo ha sostenido el Consejo de Estado, la AEROCIVIL ejerce sus facultades como Autoridad Aeronáutica de forma exclusiva.

Cláusula 2	<p>OBJETO DEL CONTRATO – <i>El objeto del presente Contrato, es el otorgamiento al Concesionario de una concesión para que de conformidad con lo previsto en el artículo 32, numeral 4, de la Ley 80 de 1993 y en la Ley 105 de 1993, realice por su cuenta y riesgo, la Administración, Modernización y Expansión, Operación, Explotación Comercial y Mantenimiento del Área Concesionada del Aeropuerto El Dorado de la ciudad de Bogotá D.C., bajo el control y vigilancia de la AEROCIVIL.</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>La seguridad Aeroportuaria en el Área Concesionada estará a cargo del Concesionario con el alcance y dentro de los límites previstos en la CLÁUSULA 44 de este mismo Contrato de Concesión.</i></p> <p><i>La concesión no incluye todos aquellos bienes necesarios para la prestación del servicio de control de tráfico aéreo en ruta ni la responsabilidad por el correcto funcionamiento de las radio-ayudas aéreas, incluidas las radio-ayudas de aproximación y las comunicaciones en el Aeropuerto, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 3 del artículo 48 de la Ley 105 de 1993. AEROCIVIL se reserva el manejo y la responsabilidad por las funciones de control y vigilancia del tráfico aéreo en ruta. (Destacado fuera del texto).</i></p>
------------	---

Destaca el Tribunal la sección final del primer párrafo de esta cláusula, la cual indica que se otorga en concesión el Aeropuerto de Bogotá “El Dorado”, que se encuentra bajo el control y la vigilancia de la AEROCIVIL. A la luz de la regla de la interpretación sistemática del contrato (art. 1622 del Código Civil), no puede entenderse que la cesión contractual (o subrogación contractual) mutó esta sección del contrato, para señalar ahora que la ANI es la entidad que ejerce la vigilancia y control del Aeropuerto “El Dorado”, toda vez que la ANI no tiene las facultades legales para ejercer tales funciones.

El alcance a la cesión contractual que pretende OPAIN es contrario al principio de legalidad, pues, según el artículo 2 del Decreto 260 de 2007, la AEROCIVIL:

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

“Es la autoridad en materia aeronáutica en todo el territorio nacional y le compete regular, certificar, vigilar y controlar a los proveedores de servicios a la aviación civil, el uso del espacio aéreo colombiano y la infraestructura dispuesta para ello.”

De igual forma, dentro de las funciones asignadas a la AEROCIVIL, según el Decreto 260 de 2004, se encuentran, entre otras, las de:

- Dirigir, organizar y coordinar el desarrollo del transporte aéreo en Colombia. (Numeral 3, art. 5).
- Regular, vigilar y controlar la navegación aérea que se realice en el espacio aéreo a su cargo. (Numeral 8, art. 5).

En esa medida, la referencia a la AEROCIVIL que hace la sección final del primer párrafo de esta cláusula no puede ser entendida, por virtud de la subrogación contractual, hecha a la ANI, pues la aquí convocada no tiene las facultades legales necesarias para ejercer el control y vigilancia del Aeropuerto “El Dorado”.

Cláusula 10	Obligación hh del Concesionario – <i>Suministrar a AEROCIVIL, así como a las autoridades de control y vigilancia del Sector que sean competentes, la información que estas entidades requieran en este Contrato.</i>
----------------	---

A la luz de la regla de la interpretación sistemática de los contratos (art. 1622 del Código Civil), no puede entenderse que la cesión contractual (o subrogación contractual) mutó esta obligación contractual de OPAIN, para ahora señalar que el concesionario ya no debe suministrarle a la AEROCIVIL la información a la que hace referencia esta cláusula, pues a pesar de la subrogación contractual ordenada por el Decreto-Ley 4164 de 2011, la AEROCIVIL sigue siendo la autoridad que ejerce el control y vigilancia del sector de transporte aéreo.

El alcance a la cesión contractual que pretende OPAIN es contrario al principio de legalidad, pues, según el artículo 2 del Decreto 260 de 2007, la AEROCIVIL:

“Es la autoridad en materia aeronáutica en todo el territorio nacional y le compete regular, certificar, vigilar y controlar a los proveedores de servicios a la aviación civil, el uso del espacio aéreo colombiano y la infraestructura dispuesta para ello.”

De igual forma, dentro de las funciones asignadas a la AEROCIVIL, según el Decreto 260 de 2004, se encuentran, entre otras, las de:

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

- Dirigir, organizar y coordinar el desarrollo del transporte aéreo en Colombia. (Numeral 3, art. 5).
- Desarrollar, interpretar y aplicar en todos sus aspectos las normas sobre aviación civil y transporte aéreo. (Numeral 6, art. 5).
- Vigilar el cumplimiento de las normas aeronáuticas. (Numeral 7, art. 5).
- Regular, vigilar y controlar la navegación aérea que se realice en el espacio aéreo a su cargo. (Numeral 8, art. 5).
- Adoptar las medidas necesarias para asegurar que los proveedores de servicio cumplan las normas relacionadas con la seguridad de los pasajeros, las tripulaciones, el personal en tierra y el público en general, en todos los asuntos relacionados con la salvaguarda contra actos de interferencia ilícita en la aviación civil. (Numeral 10, art. 5).
- Dirigir, planificar, operar, mantener y proveer, en lo de su competencia, los servicios de navegación aérea. (Numeral 15, art. 5).
- Coordinar los lineamientos con las demás entidades u organismos nacionales e internacionales, que tengan a su cargo funciones complementarias con la aviación y el transporte aéreo. (Numeral 23, art. 5).

En esa medida, la referencia a la AEROCIVIL que hace esta cláusula no puede ser entendida, por virtud de la subrogación contractual, hecha ahora a la ANI, pues la AEROCIVIL sigue siendo la autoridad que ejerce el control y vigilancia del sector de transporte aéreo. Adicionalmente, tal y como lo ha sostenido el Consejo de Estado, la AEROCIVIL ejerce sus facultades como Autoridad Aeronáutica de forma exclusiva.

Cláusula 11	Obligación J de la AEROCIVIL – <i>No autorizar los planes de vuelo de los Explotadores de Aeronaves cuando se presenten las circunstancias descritas en la cláusula 58.1.3 de la cláusula 58 del presente Contrato.</i>
----------------	--

A la luz de la regla de la interpretación sistemática de los contratos (art. 1622 del Código Civil), no puede entenderse que la cesión contractual (o subrogación contractual), mutó esta obligación del Contrato, para ahora señalar que es la ANI quien debe abstenerse a autorizar los planes de vuelo de los Explotadores de Aeronaves cuando se “*presenten las circunstancias descritas en la cláusula 58.1.3 de la cláusula 58 del Contrato*”, pues a pesar de la subrogación contractual ordenada por el Decreto-Ley 4164 de 2011, la ANI no tiene las facultades legales para ejercer tales funciones.

El alcance a la cesión contractual que pretende OPAIN es contrario al principio de legalidad, pues, según el Decreto 260 de 2004, son funciones de la AEROCIVIL, entre otras, las de:

- Dirigir, organizar y coordinar el desarrollo del transporte aéreo en Colombia. (Numeral 3, art. 5).

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

- Regular, vigilar y controlar la navegación aérea que se realice en el espacio aéreo a su cargo. (Numeral 8, art. 5).
- Dirigir, planificar, operar, mantener y proveer, en lo de su competencia, los servicios de navegación aérea. (Numeral 15, art. 5).

En esa medida, la referencia a la AEROCIVIL que hace esta cláusula no puede ser entendida, por virtud de la subrogación contractual, hecha a la ANI, pues la AEROCIVIL sigue siendo la autoridad que puede autorizar los planes de vuelo de los Explotadores de Aeronaves, o abstenerse de hacerlo. Adicionalmente, tal y como lo ha sostenido el Consejo de Estado, la AEROCIVIL ejerce sus facultades como Autoridad Aeronáutica de forma exclusiva.

Cláusula 29	<p><i>EDIFICACIONES PARA EL USO DE AEROCIVIL</i> – La Torre Administrativa de AEROCIVIL, el Edificio de la Secretaría de Sistemas Operacionales, el Centro de Bienestar y Servicios y el Almacén de AEROCIVIL, serán entregados al Concesionario como parte del Área Concesionada. Hasta el momento en que se inicie la demolición o remodelación de estas estructuras, de conformidad con lo previsto en las Especificaciones Técnicas de Modernización y Expansión y en el Cronograma de Obras, AEROCIVIL continuará haciendo uso de éstas sin que haya lugar a contraprestación alguna a favor del Concesionario por el uso de las mismas. AEROCIVIL se hará cargo de los servicios públicos y del mantenimiento de estas áreas, hasta el momento de su demolición o remodelación, según corresponda.</p> <p>Una vez completadas las Obras de Modernización y Expansión correspondientes al Nuevo Edificio Administrativo de la AEROCIVIL, conjuntamente con sus lotes de parqueadero de vehículos y el Nuevo Almacén de AEROCIVIL, AEROCIVIL ocupará tales edificaciones y el Concesionario deberá garantizar a AEROCIVIL el uso exclusivo de las mismas, durante toda la vigencia del Contrato de Concesión, y sin que haya lugar a cobro por parte del Concesionario a la AEROCIVIL. AEROCIVIL asumirá todos los costos de dotación de los bienes muebles en las anteriores áreas, el pago de los servicios públicos correspondientes, así como los demás costos correspondientes al uso de las mismas, incluidas las labores de mantenimiento rutinario y las reparaciones locativas, salvo que éstas últimas deban realizarse como consecuencia del incumplimiento por parte del Concesionario de las Especificaciones Técnicas de Expansión y Modernización. En todo caso, AEROCIVIL asumirá todas las labores de mantenimiento que no estén expresamente incluidas a cargo del Concesionario en las Especificaciones Técnicas de Mantenimiento.</p>
----------------	--

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

	<p><i>La Torre de Control será entregada al Concesionario como parte del Área Concesionada y por lo tanto, el Concesionario tendrá la obligación de ejecutar las Obras de Modernización y Expansión y el Mantenimiento de dicha estructura en los términos previstos en las Especificaciones Técnicas de Modernización y Expansión y en las Especificaciones Técnicas de Mantenimiento hasta la Fecha Efectiva de Terminación del Contrato de Concesión.</i></p> <p><i>No obstante lo anterior, el Concesionario deberá garantizar a AEROCIVIL el uso exclusivo de la Torre de Control, durante toda la vigencia del Contrato de Concesión, y sin que haya lugar a cobro por parte del Concesionario a la AEROCIVIL. AEROCIVIL asumirá todos los costos de dotación de bienes muebles de la Torre de Control, el pago de los servicios públicos correspondientes, así como los demás costos correspondientes al uso de la misma, incluidas las labores de mantenimiento rutinario y las reparaciones locativas y en general las labores de mantenimiento que no estén expresamente incluidas a cargo del Concesionario en las especificaciones Técnicas de Mantenimiento.</i></p>
--	---

A la luz de la regla de la interpretación de la intención de las partes (art. 1618 del Código Civil), no puede entenderse que la cesión contractual (o subrogación contractual) mutó esta cláusula, para ahora señalar que las edificaciones de que trata esta disposición son para uso de la ANI. En este trámite arbitral no se acreditó que las edificaciones a las que se refiere esta cláusula ya no sean usadas por parte de la AEROCIVIL. Adicionalmente, el uso de la Torre de Control tiene como función el control del tráfico aéreo del Aeropuerto “El Dorado”, función que, como se explicó, es ejercida de manera exclusiva por la AEROCIVIL.

En esa medida, la referencia a la AEROCIVIL que hace esta cláusula no puede ser entendida, por virtud de la subrogación contractual, hecha a la ANI, pues la intención de las partes -desplegada durante la ejecución del contrato- fue mantener a la AEROCIVIL como usuaria de las edificaciones allí enunciadas, una de las cuales, la Torre de Control, tiene como propósito el ejercicio de una de las funciones exclusivas de la AEROCIVIL, como lo es el control del tráfico aéreo, esencial para la prestación del servicio público de transporte aéreo.

Cláusula 44.1	<p>Seguridad Aérea – <i>AEROCIVIL estará a cargo y será la responsable de la Seguridad Aérea del Aeropuerto en los términos consignados en el parágrafo 3 del artículo 48 de la Ley 105 de 1993 y en la normas nacionales e internacionales aplicables.</i></p>
---------------	--

A la luz de la regla de la interpretación sistemática de los contratos (art. 1622 del Código Civil), no puede entenderse que la cesión contractual (o subrogación contractual) mutó esta cláusula del Contrato, para ahora señalar que es la ANI es la

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

encargada y responsable de la Seguridad Aérea en el Aeropuerto El Dorado, pues a pesar de la subrogación contractual ordenada por el Decreto-Ley 4164 de 2011, la ANI no tiene las facultades legales para ejercer tales funciones.

El alcance a la cesión contractual que pretende OPAIN es contrario al principio de legalidad, pues, según el Decreto 260 de 2004, son funciones de la AEROCIVIL, entre otras, las de:

- Dirigir, organizar y coordinar el desarrollo del transporte aéreo en Colombia. (Numeral 3, art. 5).
- Regular, vigilar y controlar la navegación aérea que se realice en el espacio aéreo a su cargo. (Numeral 8, art. 5).

Esta disposición del contrato también contiene una remisión expresa a la Ley 105 de 1993, la cual, en el parágrafo 3° de su artículo 48, señala que:

“La Unidad Administrativa de Aeronáutica Civil, conservará el control del tráfico aéreo y la responsabilidad por el correcto funcionamiento de las ayudas aéreas. Así mismo ejercerá una adecuada supervisión sobre la seguridad aérea y el control técnico”. (Destacado fuera del texto).

En esa medida, la referencia a la AEROCIVIL que hace esta cláusula no puede ser entendida, por virtud de la subrogación contractual, hecha a la ANI, pues la AEROCIVIL sigue siendo la autoridad encargada y responsable de la Seguridad Aérea del Aeropuerto; al igual que la entidad que, por disposición legal, conserva el control del tráfico aéreo, no solo en el aeropuerto “El Dorado”, sino en todo el territorio nacional. Adicionalmente, tal y como lo ha sostenido el Consejo de Estado, la AEROCIVIL ejerce sus facultades como Autoridad Aeronáutica de forma exclusiva.

F. Conclusión respecto de la pretensión primera de la demanda

La interpretación hecha de algunas de las cláusulas del contrato 6000169 OK permiten a este Tribunal concluir que no todas las referencias que se hacen en el mismo a la AEROCIVIL deben entenderse ahora como referencias a la ANI, como efecto de la cesión de la posición contractual de la primera a la segunda derivada de lo dispuesto por el Decreto-Ley 4164 de 2011.

En efecto, al momento de celebrarse este contrato, la AEROCIVIL ostentaba una doble condición como entidad concedente, u otorgante de la concesión del Aeropuerto “El Dorado”, y de Autoridad Aeronáutica. Para entonces, la ley otorgaba a la AEROCIVIL ambas funciones. No obstante, esta circunstancia fue alterada por el mencionado decreto-ley y por el Decreto-Ley 4165 del mismo año, en virtud de los cuales sólo la primera de dichas condiciones - esto es, la de entidad concedente, u otorgante de la concesión -, fue reasignada al Instituto Nacional de Concesiones - INCO, hoy Agencia Nacional de Infraestructura- ANI. Sin perjuicio de lo anterior, el mismo artículo 1° del

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Decreto-Ley 4164 de 2011 establece, en forma clara y expresa, que la subrogación ordenada en esta norma no implica el traslado de la AEROCIVIL al INCO (hoy ANI) de las funciones propias de la Autoridad Aeronáutica, las cuales permanecerían en cabeza y de competencia de la AEROCIVIL.

Por lo tanto, si bien es cierto que la ANI subrogó a la AEROCIVIL en la gestión contractual del Contrato de Concesión objeto de esta controversia, ello de ninguna manera puede dar paso a afirmar que *‘todas las referencias generales y específicas’* hechas respecto de la AEROCIVIL en el contrato de concesión o en otros documentos deban entenderse hechas a la ANI, pues ello sólo puede predicarse de aquellas referencias en las que la mención a la AEROCIVIL en el citado contrato se circunscribe a derechos, obligaciones o atribuciones propias de la gestión contractual que corresponde ejercer a la entidad que ostenta la condición de concedente u otorgante de la concesión, función ésta que fue reasignada a la ANI por virtud de los Decretos Ley 4164 y 4165 de 2011, permaneciendo en la AEROCIVIL el ejercicio de las funciones que le competen como Autoridad Aeronáutica, Aeroportuaria y de la Aviación Civil.

En consecuencia, el Tribunal estima que la pretensión primera de la demanda solo puede prosperar parcialmente, bajo el entendido de que en virtud de la subrogación ordenada por los Decretos Ley 4164 y 4165 de 2011 y del ‘Acta de Entrega y Recibo’ de 27 de diciembre de 2013, suscrita entre la AEROCIVIL y la ANI, únicamente las referencias generales y específicas hechas a la AEROCIVIL que se encuentren relacionadas con las funciones de gestión contractual del Contrato de Concesión No. 6000169OK de 2006 deberán entenderse como hechas a la ANI, a partir de la fecha de suscripción de la mencionada acta, pero todas las referencias generales y específicas hechas a la AEROCIVIL en el mencionado contrato y que se relacionen con las funciones de esta entidad como Autoridad Aeronáutica, Aeroportuaria y de la Aviación Civil se debe entender que permanecen en cabeza y como competencia de la AEROCIVIL y no de la ANI.

Para arribar a esta decisión, el Tribunal ha hecho un estudio interpretativo de algunas de las cláusulas del contrato 6000169 OK, en las cuales la mención a la AEROCIVIL debe entenderse que permanece hecha respecto de esta entidad, y no de la ANI, como efecto de la subrogación ordenada por el Decreto-Ley 4164 de 2011.

Lo anterior no implica que estas sean las únicas cláusulas en las que así debe entenderse, pues en cada caso deberá hacerse un análisis hermenéutico e interpretativo para dilucidar si la mención que se hace en el contrato a la AEROCIVIL se debe entender hecha en su condición de entidad concedente, u otorgante de la concesión -condición que ahora ostenta la ANI-, o en su condición de Autoridad Aeronáutica, la cual permanece en cabeza de la AEROCIVIL.

Sin perjuicio de todo lo anterior, sí le asiste razón a la Convocante en que *“todos los procesos judiciales posteriores a la citada fecha del 27 de diciembre de 2013 son de*

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

entera y exclusiva responsabilidad de la ANI". Lo anterior, por cuanto así expresamente lo señala el literal a de la cláusula 4 del Acta de Entrega suscrita entre la ANI y la AEROCIVIL, cuando señala que a partir de la subrogación efectiva (es decir, 27 de diciembre de 2013) los *"procesos futuros, de cualquier índole, naturaleza y cuantía serán de entera y exclusiva responsabilidad de la Agencia"*.

Así las cosas, este Tribunal declarará la prosperidad parcial de la pretensión primera, en el sentido de que en virtud de la subrogación ordenada por los Decretos Ley 4164 y 4165 de 2011 y del 'Acta de Entrega y Recibo' de 27 de diciembre de 2013, suscrita entre la **AEROCIVIL** y la **ANI**, únicamente las referencias generales y específicas hechas a la AEROCIVIL que se encuentren relacionadas con las funciones de gestión contractual del Contrato de Concesión No. 6000169OK de 2006 deberán entenderse como hechas a la **ANI**, a partir de la fecha de suscripción de la mencionada acta, y también declarará que los procesos judiciales posteriores al 27 de diciembre de 2013 son de entera y exclusiva responsabilidad de la ANI. Por lo anterior declarará probada en la parte resolutive la excepción denominada *"Inexistencia de obligaciones de "autoridad aeronáutica aeroportuaria y de la aviación civil"*, en cabeza de la ANI – las cuales son competencia de la AEROCIVIL.

LA PRETENSIÓN SEGUNDA

Con fundamento en las consideraciones plasmadas para resolver la pretensión primera de la demanda de OPAIN, procede este Tribunal a estudiar la pretensión segunda, en la cual se solicita:

***"SEGUNDA:** Solicito se DECLARE que la ANI, entidad que se subrogó en el Contrato de Concesión 6000169OK como concedente a la AEROCIVIL, mantuvo en la gestión contractual la influencia de la AEROCIVIL, dada su calidad de autoridad aeronáutica, durante la ejecución de las obras de la Etapa de Modernización y Expansión"*.

Según se explicó en el acápite anterior, al momento de celebrarse el contrato de concesión 6000169 de 2006, la AEROCIVIL ostentaba una doble condición como entidad concedente, u otorgante de la concesión del Aeropuerto "El Dorado", y de Autoridad Aeronáutica. Para entonces, la ley otorgaba a la AEROCIVIL ambas funciones. No obstante, esta circunstancia fue alterada por Decreto-Ley 4164 de 2011 y por el Decreto-Ley 4165 del mismo año, en virtud de los cuales sólo la primera de dichas condiciones - esto es, la de entidad concedente, u otorgante de la concesión -, fue reasignada al Instituto Nacional de Concesiones - INCO, hoy Agencia Nacional de Infraestructura- ANI, lo cual - no sobra recordar - se hizo en los precisos términos establecidos en el Decreto-Ley 4164 de 2011:

"Reasígnase parcialmente al Instituto Nacional de Concesiones (INCO) las funciones contempladas en los numerales 7, 9 y 12 del artículo 5°, numeral 5 del artículo 11 y el numeral 2 del artículo 17 del Decreto 260 de 2004, exclusivamente en lo relacionado con la estructuración, celebración y

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

gestión contractual de los proyectos de concesión (...). (Destacado fuera del texto).

El Tribunal reitera cómo el mismo artículo 1° del Decreto-Ley 4164 de 2011 establece, en forma clara y expresa, que la subrogación ordenada en esta norma no implica el traslado de la AEROCIVIL al INCO (hoy ANI) de las funciones propias de la Autoridad Aeronáutica, las cuales permanecerían en cabeza y de competencia de la AEROCIVIL.

En esa medida, es cierto que la ANI subrogó a la AEROCIVIL como parte contractual y entidad concedente dentro del contrato de concesión 6000169 de 2006, y por ello adquirió la gestión contractual de dicha concesión, que hasta el 2011 ejercía la AEROCIVIL. Pero la gestión contractual que se trasladó no incluía la reasignación de las funciones y competencias de la AEROCIVIL como Autoridad Aeronáutica, por lo que no se puede afirmar que la ANI mantuvo en la gestión contractual la influencia de la AEROCIVIL “*dada su calidad de autoridad aeronáutica*”, pues, por una parte, la AEROCIVIL no interviene en la operación del aeropuerto El Dorado con fundamento en el contrato de concesión 6000169 de 2006, sino en su condición de Autoridad Aeronáutica, y por la otra, la ANI de ninguna manera ejerció -ni puede ejercer- la gestión contractual del contrato 6000169 de 2006, ostentando las atribuciones de Autoridad Aeronáutica, de las cuales carece, aunque sí está en la obligación de coordinar con dicha Autoridad Aeronáutica - es decir, con la AEROCIVIL -, las acciones que resulten necesarias para la adecuada ejecución del contrato.

En efecto, en su condición legal de Autoridad Aeronáutica, la AEROCIVIL puede adoptar decisiones y hacer u omitir acciones relacionadas con la operación del Aeropuerto El Dorado, que pueden, a su vez, tener consecuencias o efectos en la ejecución del contrato de concesión 6000169 de 2006. Pero dichas consecuencias o efectos se originan en el hecho de que esta entidad es la Autoridad Aeronáutica de Colombia, y no porque sea parte del mencionado contrato, o influya de alguna manera en la gestión contractual de la ANI como entidad concedente. De hecho, la AEROCIVIL en ejercicio de sus funciones legales puede adoptar decisiones y hacer u omitir acciones con efectos en la operación de todos los aeródromos (o aeropuertos) del territorio nacional, sea que ellos sean públicos o privados, sean de propiedad de la Nación, de una entidad territorial o de un particular, o sean objeto de contrato de concesión o no. Y lo hace, justamente, porque ostenta la condición de Autoridad Aeronáutica.

Pero no por ello - es decir, no por ejercer sus funciones legales como Autoridad Aeronáutica -, la AEROCIVIL se vuelve parte de los contratos de concesión de los aeropuertos respecto de los cuales ejerce sus funciones legales como Autoridad Aeronáutica, o ejerce influencia en la gestión contractual de los mismos.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Lo anterior no implica un desconocimiento al impacto que los actos de la AEROCIVIL, en su condición de Autoridad Aeronáutica, pueden tener en la ejecución del contrato de concesión 6000169 de 2006. Pero dicho impacto no se deriva de una influencia que tenga la AEROCIVIL en la gestión contractual de esta concesión, que claramente es de competencia de la ANI. Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, el Tribunal encuentra necesario poner de presente que, de conformidad con lo pactado en la cláusula 1ª del Otrosí No. 21, existían “*condiciones*” cuyo cumplimiento previo era necesario para la ejecución de las actividades a cargo de OPAIN durante la Etapa de Modernización y Expansión del Aeropuerto El Dorado, y respecto de algunas de ellas, a pesar de que la ANI manifestó que no eran de su resorte, sí se obligó a “*procurar que haya una adecuada coordinación entre la AEROCIVIL y OPAIN*”. En este sentido, el Tribunal estima que a partir de la subrogación contractual prevista en los Decretos Ley 4164 y 4165 de 2011, y en especial en lo acordado en el otrosí No. 21 del contrato, la ANI tiene una obligación de coordinación interinstitucional para procurar evitar o reducir dichas consecuencias de las actuaciones o las omisiones de la AEROCIVIL, como Autoridad Aeronáutica y no como gestor contractual, en la ejecución del contrato.

Esta obligación no es otra cosa que la manifestación de una obligación de rango constitucional, como lo es la consagrada en el artículo 113 de la Constitución Política, que señala que “[l]os diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”.

Esta disposición constitucional tiene desarrollo en el artículo 6 de la Ley 489 de 1998 que establece que en virtud de los principios de coordinación y colaboración las entidades garantizarán “*la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales*”, por lo que, en consecuencia, “*prestarán su colaboración a las demás entidades para facilitar el ejercicio de sus funciones*” (*ibídem*).

De igual manera, el numeral 10 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), establece que “[e]n virtud del principio de coordinación, las autoridades concertarán sus actividades con las de otras instancias estatales en el cumplimiento de sus cometidos y en el reconocimiento de sus derechos a los particulares”.

Así las cosas, y teniendo en cuenta lo plasmado en el párrafo 1º de la cláusula 1ª del Otrosí No. 21, es claro para el Tribunal que la ANI tenía a su cargo la obligación de coordinación interinstitucional, para ocuparse de que la AEROCIVIL no afectará negativamente la ejecución del contrato de concesión, aspecto que será abordado más adelante y con mayor detalle por este Tribunal al resolver la pretensión cuarta de la demanda de OPAIN.

Por las razones expuestas, el Tribunal declarará la prosperidad parcial de la pretensión segunda de la demanda y denegará en la parte resolutive la excepción denominada

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

“Inexistencia de responsabilidad “entera y exclusiva” atribuible a la ANI respecto de todos los procesos judiciales posteriores al 27/12/2013”.

LA PRETENSIÓN TERCERA.

Por último, para efectos de resolver la pretensión Tercera y con ella la excepción u oposición formulada en su contra, es preciso señalar que en el Laudo proferido el 4 de octubre de 2012, a partir del análisis de las pretensiones y de las excepciones allí formuladas, con fundamento en las razones que les sirvieron de causa, fundadas en los medios de prueba allí analizados y las normas jurídicas aplicables, el Tribunal que resolvió las controversias surgidas entre la AEROCIVIL y OPAÍN S.A., hizo las siguientes declaraciones de responsabilidad que le fueron imputadas a la AEROCIVIL y consecuentemente las de condena, las cuales hicieron tránsito a cosa juzgada con efectos exclusivamente entre las partes procesales de esa controversia:

“DÉCIMA PRIMERA: DECLARAR que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONAUTICA CIVIL –UEAC- desconoció y vulneró el procedimiento establecido en las cláusulas 1.89 y 34 del Contrato y los alcances de tales cláusulas, así como lo dispuesto en los numerales 6 y 11 del Apéndice D del Contrato, al haber decidido, mediante las comunicaciones 1070-092.5-201005038 de febrero 17 de 2010 y 1070-092.5-2010016956 de 27 de mayo de 2010, que la SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A.-OPAIN S.A. debía ejecutar a su costa y riesgo las siguientes obras en el Terminal de Carga 1:

“1. La instalación de Sistemas Mecánicos y, dentro de ellos, sistemas de ventilación.

“2. La instalación de un sistema de protección contra incendios.

“3. El suministro de un nuevo sistema eléctrico que cumpliera con el RETIE.

“DÉCIMA SEGUNDA: DECLARAR que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONAUTICA CIVIL –UEAC- es responsable de los mayores costos en que ha incurrido e incurrirá la SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A.-OPAIN S.A. en la ejecución del reforzamiento sísmico de dicha Terminal en condiciones sustancialmente distintas de las originalmente exigidas.

“DÉCIMA TERCERA. DECLARAR en relación con el Contrato entre la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONAUTICA CIVIL –UEAC-. Y la SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A.-OPAIN S.A.:

“1. Que las Obligaciones de construcción de la SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A.-OPAIN S.A. contenidas en el Contrato se refieren a las Obras de Modernización y Expansión que se encuentran definidas en el Contrato y en el Apéndice D, sin perjuicio del

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

alcance de tales obligaciones en desarrollo del deber de obrar de buena fe y de la obligación de resultado contenida en el Contrato.

“2. Que las obligaciones de diseño, las cuales se encuentran estipuladas en el Contrato y en lo dispuesto en el Apéndice E del mismo se contraen a las Obras de Modernización y Expansión y a aquellas obras claramente señaladas en el contrato en concordancia con el principio de la buena fe en la ejecución del contrato.

“3. Que no le es dable a la Interventoría ni a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONAUTICA CIVIL –UEAC-, aduciendo genéricamente que el “Contrato es por resultados”, acudir a la cláusula 10.m del Contrato para exigir la ejecución de obras adicionales que deben serle remuneradas a la SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A.-OPAIN S.A. a través de la cláusula 34 del Contrato, lo anterior obviamente sin perjuicio de las prestaciones que deba ejecutar el Concesionario en desarrollo del deber de ejecutar el contrato de buena fe.

“4. Que no le es dable a la Interventoría ni a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONAUTICA CIVIL –UEAC-, aduciendo de modo genérico que el “Contrato es por resultados”, acudir a las Especificaciones Técnicas de Modernización y Expansión (1.53) y las Especificaciones Técnicas de Diseño (1.51) para exigir la ejecución de prestaciones u obligaciones que no estén contempladas en los mismos, pues los resultados a obtener en materia de obras y diseños son concretos y se encuentran especificados en los Apéndices D y E del Contrato. Lo anterior sin perjuicio de las prestaciones que resultan del deber de ejecutar el Contrato de buena fe.

“5. Que la SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A.-OPAIN S.A. no tiene la obligación de asumir los efectos favorables o desfavorables de los cambios regulatorios ocurridos en desarrollo del Contrato de Concesión, cuando la aplicación de los mismos proviene de demoras o pronunciamientos improcedentes de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONAUTICA CIVIL –UEAC-.

“Por las razones expuestas en la parte motiva no hay lugar a pronunciamiento sobre la solicitud contenida en el numeral vi de la pretensión 1.3. de la demanda de reconvención reformada.

“DÉCIMA CUARTA. DECLARAR que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONAUTICA CIVIL –UEAC-. desconoció el procedimiento contractual previsto en las cláusulas 1.89 y 34 del Contrato y los alcances de éstas, así como lo dispuesto en el numeral 10 (aparte 10.1.1) del Apéndice D, entre otras, al haber decidido, mediante las comunicaciones 107051652009026903 de 23 de septiembre de 2009, 107051652009035860 de 17 de diciembre de 2009 y 107009252010014343 de 10 de mayo de 2010, que la SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A.-OPAIN S.A. debía ejecutar las obras de franjas y resas que se precisan a continuación:

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

“1. La nivelación de franjas y resas de pista en los metros cuadrados adicionales que resulten necesarios, acorde con el cambio de reglamentación adoptado por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONAUTICA CIVIL –UEAC-.

“2. El reemplazo total de las cajas de inspección eléctrica que resulten necesarias para la nivelación de las zonas de franjas de la Pista Norte o Segunda Pista.

“3. El diseño y construcción de una vía de acceso necesaria para la conducción de los vehículos de salvamento y extinción localizada en el extremo L13.

“4. El mantenimiento preventivo y correctivo de la red de alimentación eléctrica del balizamiento localizada entre la pista y la zona de franja.

“DÉCIMA QUINTA. DECLARAR en relación con las franjas y resas lo siguiente:

“1. Que el riesgo de mayores cantidades de obra y el riesgo regulatorio no operan contra la SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A.-OPAIN S.A. cuando las mayores cantidades de obra no son el resultado de las estimaciones fallidas del Concesionario o de modificaciones previsibles en los reglamentos, sino de una modificación de la normatividad que regía a la firma del Contrato que no corresponden al álea normal del contrato.

“2. Que el riesgo de mayores cantidades de obra por modificaciones en las condiciones de ejecución no opera contra la SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A.-OPAIN S.A., cuando las mayores cantidades de obra no son el resultado de las estimaciones fallidas del Concesionario ni de riesgos que corresponden al álea normal del contrato o de riesgos asumidos por el Concesionario.

“DÉCIMA SEXTA. DECLARAR que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONAUTICA CIVIL –UEAC- está obligada a compensar o indemnizar a la SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A.-OPAIN S.A. por las siguientes obras:

“1. En relación con la Terminal de Carga 1:

“a. La instalación de Sistemas Mecánicos y, dentro de ellos, sistemas de ventilación,

“b. La instalación de un sistema de protección contra incendios

“c. El suministro de un nuevo sistema eléctrico.

“2. En relación con la pista:

“a. La nivelación de franjas y resas de pista.

“b. El reemplazo total de las cajas de inspección eléctrica que resulten necesarias para la nivelación de las zonas de franjas de la Pista Norte o Segunda Pista.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

“c. El diseño y construcción de una vía de acceso necesaria para la conducción de los vehículos de salvamento y extinción localizada en el extremo L13.

“d. El mantenimiento preventivo y correctivo de la red de alimentación eléctrica del balizamiento localizada entre la pista y la zona de franja.

“DÉCIMA SÉPTIMA: DECLARAR que la SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A.-OPAIN S.A. no está obligada a asumir a su costo y riesgo la construcción y mantenimiento de la Calle de Rodaje MIKE 2 y que, en caso de que UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONAUTICA CIVIL –UEAC-, ordene construirla y mantenerla, dicha Entidad deberá reconocer a la SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A.-OPAIN S.A. la obra adicional por el valor que corresponda.

(...)

“VIGESIMA PRIMERA. Condenar a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONAUTICA CIVIL –UEAC-. a pagar las siguientes sumas de dinero debidamente actualizadas, por los conceptos que a continuación se indican:

“1. Por concepto de Sistema Mecánico a que se refiere la pretensión 1.1. (i) la suma de \$ 3.483.731.779 que debidamente actualizado a la fecha de este laudo asciende a la suma de \$3.484.357.505

“2. Por concepto de Sistema de Protección contra incendio a que se refiere la pretensión 1.1. (ii) la suma de \$ 2.678.253.139, que debidamente actualizado a la fecha de este laudo asciende a la suma de \$2.678.734.190

“3. Por concepto del nuevo sistema de red eléctrica a que se refiere la pretensión 1.1. (iii) la suma de \$ 2.113.615.852, que debidamente actualizado a la fecha de este laudo asciende a la suma de \$ 2.113.995.487

“4. Por concepto de sistema de reforzamiento sísmico la suma de \$ 3.745.961.427 que debidamente actualizado a la fecha de este laudo asciende a la suma de \$3.746.634.253

“5. Por los conceptos a que se refiere la pretensión 1.4 de la demanda de reconvencción (franjas y resas) la suma de \$10.145.478.943, que debidamente actualizado a la fecha de este laudo asciende a la suma de \$10.147.301.211

“VIGÉSIMA SEGUNDA: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONAUTICA CIVIL –UEAC- a pagar intereses de mora de conformidad con el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo sobre las sumas a favor de la SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A.-OPAIN S.A.”

Se trata entonces de decisiones de responsabilidad hechas por el Tribunal de Arbitraje que resolvió las controversias surgidas entre la AEROCIVIL y OPAÍN S.A., a partir del análisis de las pretensiones y de las excepciones allí formuladas, con fundamento en

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

las razones que les sirvieron de causa, fundadas en los medios de prueba allí analizados y las normas jurídicas aplicables, las cuales hicieron tránsito a cosa juzgada con efectos exclusivamente entre las partes procesales de esa controversia.

Tales decisiones de responsabilidad fueron adoptadas el 4 de octubre de 2012, fecha para la cual, no había operado la subrogación prevista en los Decretos 4164 y 4165 de 2011.

Como atrás se vio en extenso, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil - AEROCIVIL solo expidió la Resolución No. 07072 del 18 de diciembre de 2013, con la cual se dio inicio el Proceso de Subrogación del Contrato de Concesión No. 6000169OK del 12 de septiembre de 2006, suscrito entre la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil - AEROCIVIL y OPAIN S.A. a la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI.

A su vez, la subrogación del citado Contrato solo se perfeccionó el 27 de diciembre de 2013, fecha en la cual la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil - AEROCIVIL y la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI suscribieron el Acta de Entrega y recibo del Contrato de Concesión No. 6000169OK del 12 de septiembre de 2006 y sus otrosíes Nos. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9.

En dicha Acta de Subrogación del Contrato de Concesión No. 6000169 OK de 2006, suscrita el 27 de diciembre de 2013, acerca de los procesos arbitrales anteriores a la subrogación de la concesión, la AEROCIVIL y la ANI expresamente precisaron lo siguiente:

*“(…) **CUARTO: Defensa Judicial.** En relación con los procesos judiciales y arbitrales, atendiendo la recomendación de la Doctora Cristina Pardo Schlesinger, Secretaria Jurídica de Presidencia, en reunión sostenida el 24 de octubre de 2013, se dará aplicación prevalente al Artículo Primero del Decreto 4164 de 2011 y en ese sentido, las dos Entidades acuerdan que a partir de la fecha de subrogación aludida, la responsabilidad respecto de los asuntos litigiosos quedará así:*

*b) Respecto a los procesos fallados y en firme de cualquier, naturaleza y cuantía, serán de entera y exclusiva responsabilidad de la **AEROCIVIL** (...).”*

Por lo tanto, si bien el Contrato de Concesión se subrogó a la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI, a ésta no le corresponde asumir las responsabilidades derivadas del Laudo proferido el 4 de octubre de 2012.

Los efectos de la cosa juzgada de dicha decisión solo son inter partes, esto es, para los sujetos procesales que intervinieron en dicho proceso judicial y por ello, así lo precisó la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y así se consignó en

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

el Acta suscrita el 27 de diciembre de 2013, razón por la cual la responsabilidad de dicho pronunciamiento solo está en cabeza de la **AEROCIVIL**

En tal virtud, el Tribunal negará lo pedido en la pretensión Tercera.

4.2. LAS PRETENSIONES CUARTA Y SIGUIENTES DE LA DEMANDA PRINCIPAL.

Las pretensiones incoadas en la demanda presentada por la Convocante, se relacionan de la siguiente forma:

“CUARTA: Solicito se *DECLARE* que la extensión de la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato de Concesión 6000169OK de 12 de septiembre de 2006, pactada en el *Otrosí No. 21*, suscrito el 2 de septiembre de 2016; por el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2017 al 30 de noviembre de 2018, fue necesaria por la materializaron de riesgos no contemplados en el Contrato de Concesión, cuyas causas no son imputables a OPAIN, sino a la ANI, entidad que subrogó a la AEROCIVIL

QUINTA: Solicito se *DECLARE* que la extensión de la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato de Concesión 6000169 OK de 12 de septiembre de 2006, pactada en el *Otrosí No. 27*, suscrito el 25 de abril de 2018; por el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2018 hasta el 28 de febrero de 2019, fue necesaria por la materialización de riesgos no contemplados en el Contrato de Concesión, cuyas causas no son imputables a OPAIN, sino a la ANI, entidad que subrogó a la AEROCIVIL.

SEXTA: Solicito se *DECLARE* que, como consecuencia de las extensiones de la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato de Concesión 6000169 OK, pactadas el 2 de septiembre de 2016 y el 25 de abril de 2018, en los *Otrosíes* Nos. 21 y 27, respectivamente, así como de lo pactado en la cláusula 24 del Contrato de Concesión; durante el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2017 y el 31 de enero de 2019, el Concesionario OPAIN dejó de recibir el cuatro por ciento (4%) de los “Ingresos Regulados y No Regulados”, lo cual constituye un “daño” para el Concesionario OPAIN.

SÉPTIMA: Solicito, en consecuencia, se *DECLARE* que el Concesionario OPAIN ha sufrido, entre otros, unos daños y perjuicios consistentes en dejar de recibir el porcentaje que le pertenece de la remuneración, equivalente al 2.15%, de los Ingresos Regulados y No Regulados, que corresponde al 53.84% de la participación de OPAIN en los Ingresos Brutos del Contrato de Concesión (lo cual equivale al 2.15% del 4%).

OCTAVA: Solicito que, como consecuencia de la prosperidad de las anteriores pretensiones, se *DECLARE* que la ANI, como entidad que subrogó a la AEROCIVIL, es decir, en su calidad de entidad pública contratante, tiene el deber constitucional, legal y contractual de indemnizar o compensar económicamente al Concesionario OPAIN por los daños y perjuicios antijurídicos sufridos como consecuencia de la extensión de la Etapa de Modernización y Expansión del

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

Contrato 6000169 OK; pactadas el 2 de septiembre de 2016 y el 5 de abril de 2018, en los Otrosíes Nos. 21 y 27, respectivamente.

NOVENA: *Solicito, en consecuencia, se CONDENE a la ANI a pagar a OPAIN una suma equivalente al daño sufrido por ésta, equivalente a la remuneración que ésta dejó de recibir entre el 1 de febrero de 2017 y el 31 de enero de 2019, cuya cuantía asciende a \$42.081.020.554.57, de conformidad con el juramento estimatorio y demás pruebas del proceso.*

DÉCIMA: *Solicito que el valor de la reparación del daño antijurídico que haga parte de la condena se actualice con la aplicación de IPC (Índice de Precios al Consumidor o inflación), en aplicación de la ley 446 de 1998 (art. 16)."*

Como puede verse se solicita en las pretensiones relacionadas, el estudio a partir de los hechos que motivaron los otrosíes 21 y 27 de riesgos que en su concepto no fueron contemplados en el contrato y que pueden generar responsabilidad para la convocada, por ser ellos causas imputables a la Agencia. Así sólo puede deducirlo el Tribunal cuando utiliza indistintamente las expresiones riesgos, imputación e indemnización.

La imputación de riesgos, no es ajena a esquemas de responsabilidad. Así lo ha señalado la doctrina:

"En materia de imputación de riesgos, el contrato impone su propia ley. De lejos, parece que las fórmulas de imputación pueden ser tan variadas como lo que permita la imaginación de las partes. Sin embargo, el contrato sigue estando enmarcado por la ley que prevé una disposición, en parte complementaria, que se aplicará en los casos en que las partes no manifestaron su voluntad sobre un punto, o cuando ellas, aunque se expresaron, se desviaría peligrosamente el fundamento que la ley escogió para establecer las reglas de imputación..."¹⁰⁷

LO SEÑALADO EN LA CLAUSULA 24 DEL CONTRATO DE CONCESION Y EL ESQUEMA DE RIESGOS ALLI INCORPORADO.

LA CLAUSULA 24 PACTADA

Obran importantes antecedentes arbitrales que han determinado la naturaleza de la cláusula 24 pactada en el Contrato. Coinciden ellos a partir de los testimonios del estructurador del contrato, Dr. Alvaro Durán, que la misma obedeció en cuanto a su finalidad a un "incentivo" para lograr la finalización de las obras de la etapa de modernización y expansión en el término establecido y en caso que hubiese extensión a la misma, se buscara su terminación.

Así por ejemplo en el laudo del 11 de julio de 2018 se señaló:

¹⁰⁷ MARTIN, Anne Cécile. L'imputation des risques entre contractants L.G.D.J. Paris, 2009. Pág 11.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

“De manera que, con fundamento en el mencionado testimonio, el Tribunal – entre otros elementos de importancia – recoge que la mencionada cláusula contiene un premio o recompensa por la terminación de las obras; que el incentivo reviste carácter definitivo, sin ánimo de prevención, carente de temporalidad; que no se guió tampoco por los elementos de una cláusula penal bajo la consideración de prescindir de las consideraciones de incumplimiento e imputabilidad.”

EL ESQUEMA DE RIESGOS DEL CONTRATO

De acuerdo con las comunicaciones que fundamentaron la estructuración del Contrato¹⁰⁸, puede establecerse que la Unidad Administrativa de la Aeronáutica Civil tuvo en cuenta los lineamientos previstos en el Documento CONPES 3107 de 2001, a efectos de la determinación de la política riesgo contractual.

El Documento CONPES 3107 del 3 de abril de 2001, señala que el riesgo en los proyectos de infraestructura es *“(...) la probabilidad de ocurrencia de eventos aleatorios que afecten el desarrollo del mismo, generando una variación sobre el resultado esperado, tanto en relación con los costos como con los ingresos (...).”*

El aludido Documento CONPES identifica para dichas áreas los siguientes riesgos:

“A. Riesgo Comercial

El riesgo comercial se presenta cuando los ingresos operativos difieren de los esperados debido a: i) la demanda del proyecto es menor o mayor que la proyectada; ii) la imposibilidad de cobrar tarifas, tasas por la prestación del servicio, y derechos, entre otros, por factores de mercado, por impago y/o evasión de las mismas. Este riesgo es generalmente asignado al inversionista privado, dado que la mitigación de su impacto depende en la mayoría de los casos de la gestión comercial que pueda hacer el operador del sistema y/o el prestador del servicio.

Riesgo de Demanda: este tipo de riesgo se presenta cuando los volúmenes de servicio son menores a los estimados. Existen diversos factores que inciden sobre la demanda, tales como, la respuesta negativa por parte de los usuarios debido al aumento de tarifas, los ciclos económicos, el cambio de hábitos de consumo, o la presencia de tecnologías substitutas, entre otros.

¹⁰⁸ Comunicación del 26 de septiembre de 2005 suscrita por el Dr. Felipe Sardi Cruz y dirigida al Dr. Fernando Sanclemente Alzate.

Comunicación del 23 de agosto de 2005 suscrita por el Dr. Fernando Sanclemente Alzate dirigida al Dr. Felipe Sardi Cruz.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Riesgo de Cartera: se refiere al no pago por parte de los usuarios, o la evasión del mismo (pérdidas no técnicas o negras), que llevan a que el flujo de caja efectivo sea menor que el esperado.

B. Riesgos de Construcción

Se refiere a la probabilidad que el monto y la oportunidad del costo de la inversión no sean los previstos. Este riesgo tiene tres componentes: i) Cantidades de Obra: sucede cuando la inversión requiera cantidades de obra distintas a las previstas; ii) Precios: sucede cuando los precios unitarios de los diferentes componentes de la inversión sean distintos a los previstos; iii) Plazo: sucede cuando la obra se realice en un tiempo distinto al inicialmente previsto.

Durante la etapa de pre -inversión y de estructuración de los proyectos, se debe contar con los estudios respectivos y adelantar actividades que permitan contar con un adecuado nivel de información, con el objeto de fortalecer el análisis de costos, lo cual reduce los factores que inciden sobre el nivel de riesgo del proyecto.

Como principio general, los riesgos de construcción deben ser transferidos al inversionista privado, en la medida que éste tiene mayor experiencia y conocimiento sobre las variables que determinan el valor de la inversión, y que tendrá a su cargo las actividades de construcción, tales como el programa de construcción, la adquisición de equipos, las tecnologías asociadas con el proyecto, la compra de materiales, entre otros. Lo anterior supone que el constructor cuenta con la información suficiente para realizar el costeo, tener en operación el proyecto en la fecha prevista y en las condiciones de operación establecidas, así como con el tiempo suficiente para realizar las evaluaciones necesarias para asumir este riesgo. Esto implica que, en caso de fallar los supuestos, programas y/o costos previstos por el contratista, éste asume los costos asociados con este riesgo. Esto le permite mayor libertad a la iniciativa privada en los aspectos de ingeniería, diseño y utilización de nuevas tecnologías.

En aquellos proyectos de construcción que presenten un alto componente de complejidad técnica o geológica que impida contar con información suficiente y confiable para estimar el riesgo, las entidades estatales podrán considerar el otorgamiento de garantías parciales para cubrir eventuales sobrecostos de construcción asociados con la complejidad identificada. Como mecanismos para mitigar este riesgo, se exige el cumplimiento al ejecutor del proyecto de requisitos de experiencia en diseño, construcción, y de puesta en marcha acordes con las características técnicas del proyecto.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

C. Riesgos de Operación

El riesgo de operación se refiere al no cumplimiento de los parámetros de desempeño especificados; a costos de operación y mantenimiento mayores a los proyectados; a disponibilidad y costos de los insumos; y a interrupción de la operación por acto u omisión del operador, entre otros.

El riesgo de operación incide sobre los costos y los ingresos del proyecto debido a que implica menores niveles de productividad, e induce un incremento de los costos. La operación del proyecto es parte del objeto mismo del contrato, por lo que este riesgo se asigna al inversionista privado, bajo el principio que éste tiene mayor control sobre la operación, salvo en los casos en que la misma involucre actividades a cargo de la entidad estatal y actividades a cargo del inversionista privado, a raíz de las cuales este riesgo puede ser compartido. Como mecanismo para mitigarlo, se debe exigir el cumplimiento de requisitos de experiencia en operación y capacidad técnica.

D. Riesgos Financieros

Este riesgo tiene dos componentes: i) el riesgo de consecución de financiación; ii) riesgo de las condiciones financieras (plazos y tasas). Este tipo de riesgo es más severo cuando se obtienen condiciones que no se adecuen al plazo de maduración del proyecto y por ende a su generación de caja. En general el mismo es asignado en su totalidad al inversionista privado.

Los riesgos asociados con la financiación, independientemente del perfil de servicio de la deuda, están determinados también por el riesgo cambiario, el riesgo de tasa de interés y en algunos casos, dependiendo de la estructura, por el riesgo de refinanciación cuando se tomen créditos puentes que posteriormente deban ser sustituidos por emisiones en el mercado de capitales o nuevos empréstitos con el sector financiero. Como mecanismos para mitigar este riesgo, se debe exigir experiencia en obtención de financiación de acuerdo con los requerimientos de endeudamiento para el proyecto.

Las entidades estatales podrán diseñar soportes de liquidez para los proyectos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 del decreto 423 de 2001, por un periodo de tiempo limitado, y así facilitar la obtención de financiación en condiciones más favorables en términos de plazos, períodos de gracia y tasas de interés. En la medida que éste tipo de soportes de liquidez están dirigidos a ofrecer a los financiadores un mayor nivel de certidumbre sobre el servicio de la deuda durante el período de mayor estrechez del flujo de caja libre del proyecto, en ningún caso podrán ser interpretados como una garantía de riesgo comercial.

El Ministerio de Desarrollo Económico, a través del Instituto de Fomento Industrial –IFI- y el Fondo de Garantías y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

través de Findeter, deberán estudiar la definición de instrumentos para facilitar la obtención de financiamiento de proyectos con participación privada promovidos por las entidades territoriales. Estos mecanismos, que pueden estar limitados en tiempo y monto, se respaldarán en garantías reales mediante la pignoración de rentas municipales, en los niveles eficientes requeridos.

E. Riesgo Cambiario

El riesgo cambiario se refiere a la eventual variación de los flujos de un proyecto, debido a que sus ingresos y egresos están denominados o dependen del comportamiento de la tasa de cambio frente a monedas distintas. Por ejemplo, se da cuando los ingresos, los costos o la deuda están asociados a más de un tipo de moneda, y por lo tanto, están sujetos a pérdidas o ganancias potenciales por fluctuaciones en las tasas de cambio. De igual manera, cuando el inversionista es extranjero y plantea su rentabilidad en otras monedas, mientras que la generación de ingresos por cobro de peajes o tarifas está ligada al peso colombiano.

La financiación en divisas puede ser más conveniente, o necesaria, para proyectos que por los montos y plazos de sus inversiones requieren grandes cantidades de deuda que no se puedan financiar en su totalidad en el mercado local. Este riesgo es generalmente asignado al inversionista privado.

Para proyectos con altos requerimientos de inversión y cuyos ingresos sean en moneda local, como mecanismo de mitigación las entidades estatales podrán estructurar mecanismos tales como soportes financieros, según lo establecido en el artículo 14 del decreto 423 de 2001, que provean recursos para cubrir parcialmente eventuales faltantes de liquidez por fluctuaciones en tasas de cambio, con el objeto de facilitar la financiación externa del proyecto en condiciones más favorables. En la medida que este tipo de soportes de liquidez están dirigidos a ofrecer a los financiadores un mayor nivel de certidumbre sobre el servicio de la deuda durante el período de mayor estrechez del flujo de caja libre, en ningún caso podrán ser interpretados como una garantía de riesgo comercial.

F. Riesgos Regulatorios

En desarrollo de los términos de la Ley 80 de 1993, el Estado hará explícito en los términos de contratación el tratamiento para cambios regulatorios, administrativos y legales, diferentes a los tarifarios, que afecten significativamente los flujos del proyecto. Como regla general este riesgo debe ser asumido por el inversionista privado, con excepción de los casos de contratos donde se pacten tarifas.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

En el caso de pactar contractualmente tarifas, peajes, tasas por la prestación del servicio, derechos o cargos se debe especificar en detalle en los contratos los mecanismos de ajuste de los mismos. Actos administrativos que modifiquen el esquema contractual de las tarifas, peajes, tasas por la prestación del servicio, derechos o cargos que dependan de decisiones unilaterales de las entidades del gobierno, no podrán ser pagados a través del Fondo de Contingencias.

De otra parte, el riesgo de modificaciones en la estratificación socioeconómica, que afecte la estructura de ingresos de los contratos, debe ser asumido por la entidad territorial responsable de su definición. Este riesgo no podrá ser pagado a través del Fondo de Contingencias. La mayor demanda de subsidios originada en un cambio masivo de la estratificación municipal debe ser compensada con recursos territoriales.

G. Riesgos de Fuerza Mayor

Los riesgos de fuerza mayor son definidos como eventos que están fuera del control de las partes, y su ocurrencia otorga el derecho de solicitar la suspensión de las obligaciones estipuladas en el contrato. Los eventos temporales de fuerza mayor, que causen demoras, pueden a menudo ser resueltos asignando los costos entre las partes. Eventos graves de fuerza mayor pueden conducir a la interrupción de la ejecución del proyecto.

Riesgos de Fuerza Mayor Asegurables: éstos se refieren al impacto adverso que sobre la ejecución y/o operación del proyecto tengan los desastres naturales. Estos incluyen terremotos, inundaciones, incendios y sequías, entre otros. Normalmente este tipo de riesgos de fuerza mayor son asegurables, por lo tanto este riesgo estará a cargo del inversionista privado.

Riesgo de Fuerza Mayor Políticos no asegurables: se refieren de manera exclusiva al daño emergente derivado de actos de terrorismo, guerras o eventos que alteren el orden público, o hallazgos arqueológicos, de minas o yacimientos. Sólo si estos riesgos son acordados como tales contractualmente, estarán dentro de la categoría de riesgos de fuerza mayor y en los contratos se establecerá su mecanismo de cobertura. De no ser así, se les dará el mismo tratamiento que al riesgo soberano, el cual se menciona más adelante.

Las consecuencias de eventos de fuerza mayor no asegurables que impliquen pagos al inversionista privado, tales como terminaciones anticipadas de los contratos, no podrán ser pagados a través del Fondo de Contingencias.

H. Riesgo de adquisición de predios

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Este riesgo está asociado al costo de los predios, a su disponibilidad oportuna y a la gestión necesaria para la adquisición. El riesgo surge de la necesidad de disponer de predios para el desarrollo de los proyectos.

El control y responsabilidad sobre la compra de predios está a cargo de la entidad estatal, dado que ésta es quien tiene la facultad de adquirir el predio y/o adelantar los procesos de expropiación respectivos. No obstante lo anterior, se podrá pactar en los contratos la responsabilidad del contratista sobre la gestión para la adquisición y de compra de los predios.

I. Riesgo Ambiental

Se refiere a las obligaciones que emanan de la(s) licencia(s) ambiental(es), de los planes de manejo ambiental y de la evolución de las tasas de uso del agua y retributivas. Es deseable que las entidades estatales cuenten con las licencias ambientales y/o planes de manejo ambiental antes de la firma de los contratos. El inversionista privado asumirá este riesgo, cuando, previo al cierre del proceso licitatorio, se cuente con las resoluciones respectivas.

En caso de requerirse modificaciones de las licencias ambientales y/o planes de manejo ambiental, el riesgo será asumido por el inversionista privado. Se deberá establecer en los contratos que los pasivos ambientales que se generen en desarrollo de la construcción y operación del proyecto estarán a cargo del inversionista privado.

Para el caso de las tasas de uso del agua y tasas retributivas, el riesgo por la incertidumbre de su evolución futura puede ser asumido por las entidades territoriales para los proyectos de agua potable y saneamiento básico, dado que no es posible para el agente privado prever la evolución en el cobro de estas tasas.

J. Riesgo Soberano o Político

Se refiere a diferentes eventos de cambios de ley, de situación política o de condiciones macroeconómicas que tengan impacto negativo en el proyecto, como por ejemplo riesgos de repatriación de dividendos y/o convertibilidad de divisas. En proyectos de participación privada en Colombia, tradicionalmente, este riesgo es asumido por el inversionista privado.”

El mencionado Documento CONPES 3107 de 3 de abril de 2001 establece, como regla para la definición del riesgo, la siguiente:

“(…) aún cuando un riesgo esté identificado, el mismo está sujeto a la ocurrencia de una condición, por lo que su impacto se puede predecir para determinados niveles de confianza, pero su ocurrencia está sujeta a fenómenos aleatorios. Sin

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

embargo, en la mayoría de los casos se puede valorar estimando su probabilidad de ocurrencia y el costo a cubrir para los diferentes escenarios. De allí resulta el valor esperado del costo (...).”

Diferentes autores¹⁰⁹ han hecho referencia a esta importante materia, como elemento básico de estudio de la teoría del equilibrio económico y financiero del contrato. En efecto, el contrato es en sí mismo un acto de previsión, como lo ha afirmado categóricamente la doctrina francesa:

*“Dos razones principales, que encuentran fundamento en la naturaleza contractual de los contratos públicos, hace de éstos, el vector esencial del tratamiento del alea. De hecho, el contrato es acto de previsión. El tiene la vocación de anticipar el futuro más aún cuando el contrato se debe ejecutar en una larga duración. La estipulación de cláusulas tendientes a regular el alea se inscribe naturalmente en el desarrollo consistente en establecer los eventos futuros y a ejercer sobre ellos los elementos de mitigación que sean posibles (...).”*¹¹⁰

Tenemos entonces que “(...) la voluntad de las partes es seguida por la libertad contractual, que las autoriza a prever el tratamiento del alea ex ante, en las cláusulas iniciales del contrato, o ex post, por un nuevo acuerdo de voluntades (...).”¹¹¹

El riesgo tiene una clara raíz romana. Tal como lo señala el tratadista Mariano Alonso Pérez “La expresión latina *periculum*, traducida a nuestro idioma como riesgo, se repite con frecuencia en las fuentes romanas. Su significado, lleno de matizaciones, incide siempre en un punto de convergencia: hace referencia a la idea de destrucción, desaparición o pérdida que experimenta un patrimonio (...).”¹¹²

El mismo se encuentra ligado a las aleas del contrato, que, en criterio de ARIÑO, obedecen a tres grandes grupos o clases.

“Puede plantearse el tema de la equivalencia de las prestaciones en el contrato administrativo en torno al siguiente esquema de supuestos, que integran el triple áleas que pesa sobre el contratista:

*a) **Áleas administrativa:** está integrado por el conjunto de modificaciones administrativas que se producen en el seno de un contrato por la acción*

¹⁰⁹ Pueden consultarse allí a CASSAGNE, Juan Carlos. Teoría del contrato Administrativo. Op. Cit. ARIÑO, Gaspar. Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos. Instituto de Estudios Administrativos. Op. Cit., GRANILLO OCAMPO, Raúl Enrique. La Distribución de los riesgos en la contratación administrativa. Op. Cit.

¹¹⁰ GABAYET, Nicolas. L'aléa dans les contrats publics en droit anglais et droit francais. LGDJ. Paris 2015. Página 387.

¹¹¹ GABAYET, Nicolas. L'aléa dans les contrats publics en droit anglais et droit francais. LGDJ. Op. cit. Página 387.

¹¹² Tomada del Riesgo en el contrato de compraventa. Editorial Montecorvo. Leganitos, Madrid. 1972.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

unilateral de la Administración en cuanto potentior persona, investida de potestad en el seno de la relación; modificaciones que pueden llevarse a cabo por norma o acto administrativo no contractual (supuestos de factum principis) o por acto contractual (potestas variandi).

*b) **Áleas empresarial:** integrado por lo que podríamos llamar riesgos comerciales internos del negocio, los cuales, según se ha dicho, tienen en el contrato administrativo típico una relevancia especial por las especiales características de su objeto: grandes obras y servicios, suministros, etc. Como supuestos de hecho pueden citarse en este grupo las equivocaciones o errores de cálculo (error calculi), el acaecimiento de daños o destrucciones en las obras (periculum rei) y las dificultades materiales de ejecución del proyecto, que, sin producir daño a las obras o el servicio, las encarecen considerablemente (dificultades de excavación o cimentación, temporales de agua o nieve que paralizan las obras, huelgas prolongadas y, en general, las denominadas por el Conseil d'Etat sujétions imprévues).*

*c) **Áleas económico o coyuntural:** constituye el riesgo comercial externo, entendido como la alteración de las condiciones económicas externas de ejecución del contrato que lo hacen mucho más oneroso para una de las partes: el contratista. Supuesto característico son las subidas del nivel del precio y las alzas salariales, que constituyen un verdadero proceso crónico en nuestros días, de los que pocos contratos administrativos de alguna importancia se ven libres (teoría de la imprevisión y legislación de revisión de precios) (...).¹¹³*

La distribución del riesgo sigue la distinción primigenia entre las alteraciones que son derivadas de las partes, de aquellas que escapan a su control. En tal sentido señala Granillo Ocampo:

“(...) Como es natural, el problema del derecho no es determinar qué clase de riesgos pueden afectar la vida del contrato, sino más bien, establecer principios reguladores que permitan atribuir equitativamente los efectos que produce la presencia de una o más de las áleas en un contrato concreto.

Desde esta óptica se impone desde el inicio una distinción primaria entre las alteraciones imputables a una de las partes y las no imputables a ellas, pero que de todas maneras provocan cambios profundos en la economía del contrato, rompiendo la originaria ecuación y volviéndolo más oneroso (...).¹¹⁴

¹¹³ ARIÑO, Gaspar. Teoría del Equivalente Económico en los contratos administrativos. Op. Cit. Pág. 7.

¹¹⁴ GRANILLO OCAMPO, Raúl Enrique. Distribución de riesgos en la contratación administrativa. Editorial Astrea. 1990. Pág. 7.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Tal como se ha afirmado, si el contrato es un acto de previsión, también es un instrumento de imputación de riesgos. Siguiendo a MARTIN puede señalarse:

“Si el contrato es un instrumento de imputación de riesgos, también parece fundamental, que la imputación de riesgos sea el deseo de todo contrato conmutativo (...).”¹¹⁵

Usualmente se ha relacionado que la asignación de riesgos, tiene en cuenta el mejor manejo que las partes del contrato pueden dar frente al mismo.

En tal sentido señaló el propio CONPES 3107:

“V. CRITERIOS DE ASIGNACION DE RIESGOS:

Los principios básicos de asignación de riesgos parten del concepto que estos deben ser asumidos: i) por la parte que esté en mejor disposición de evaluarlos, controlarlos y administrarlos; y/o ii) por la parte que disponga de mejor acceso a los instrumentos de protección, mitigación y/o de diversificación. Con ello se asegura que la parte con mayor capacidad de reducir riesgos y costos, tenga incentivos adecuados para hacerlo. Así, con base en estos principios y en las características de los proyectos se debe diseñar las políticas de asignación y administración de riesgos de los proyectos...”

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Si bien es cierto el documento CONPES 3107 de 2001 fue referenciado como documento base en la estructuración del contrato de concesión, a lo largo de éste último se abordaron riesgos específicos que partieron del clausulado contractual pactado. En lo relativo a la extensión de la etapa de modernización y expansión para la realización de las obras del aeropuerto, encuentra el Tribunal que debe analizarse no sólo el riesgo constructivo señalado en el documento CONPES, sino también otros riesgos que fueron delimitados por las propias partes al momento de suscripción del contrato de concesión, además de aquellos que fueron determinándose en los otrosíes 21 y 27 y que resultan fundamentales para desatar la controversia puesta a su consideración.

En efecto, la propia cláusula 24 del contrato de concesión, estableció un riesgo en cabeza del concesionario cual fue la extensión de la etapa de modernización y expansión del aeropuerto.

Señala la cláusula:

¹¹⁵ MARTIN, Anne Cécile. L'imputation des risques entre contractants. Op. cit. Página 337-.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

“CAPÍTULO IV – ETAPA DE MODERNIZACIÓN Y EXPANSIÓN

CLÁUSULA 24.- PLAZO DE LA ETAPA DE MODERNIZACIÓN Y EXPANSIÓN

La Etapa de Modernización y Expansión tiene una duración estimada de sesenta (60) meses, contados a partir del momento de la suscripción del Acta de Inicio de la Etapa de Modernización y Expansión. Sin embargo, el plazo efectivo de la Etapa de Modernización y Expansión, será aquel que efectivamente transcurra entre la suscripción del Acta de Inicio de la Etapa de Modernización y Expansión y la suscripción del Acta de Finalización de la Etapa de Modernización y Expansión. (Subrayo)

Independientemente de la causa que diera origen al Periodo de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión, imputable o no al Concesionario o a Aerocivil, o debida a Fuerza Mayor o Caso Fortuito, el cuatro por ciento (4%) de los Ingresos Regulados y los Ingresos no Regulados que se causen durante ese período, serán depositados en la Subcuenta de Excedentes de Aerocivil durante la totalidad del Periodo de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión. (Subrayo)

Por lo tanto, si por cualquier causa, imputable al Concesionario, a Aerocivil o constitutiva de Fuerza Mayor o Caso Fortuito, se produjera un Periodo de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión, el cuatro por ciento (4%) de los Ingresos Regulados y de los Ingresos no Regulados, no hará parte de la remuneración del Concesionario y será depositado directa y definitivamente en la Subcuenta de Excedentes de Aerocivil. Estas sumas no serán transferidas a la Subcuenta Principal, ni aún en el evento de terminarse la totalidad de las Obras de Modernización y Expansión y suscribirse el Acta de Finalización de la Etapa de Modernización y Expansión. (Subrayo)

Lo anterior, sin perjuicio de las consecuencias de eventuales incumplimientos para las partes, en especial, de ser el caso, de las sanciones que puedan llegar a ser aplicadas al Concesionario como consecuencia del incumplimiento del Cronograma de Obras, de conformidad con lo establecido en el numeral 63.6 de la CLÁUSULA 63 y en la CLÁUSULA 64 del presente Contrato y de las facultades de Aerocivil contenidas en la CLÁUSULA 68 y en la CLÁUSULA 69.

La disminución de los Ingresos Regulados y los Ingresos no Regulados del Concesionario durante el Periodo de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión, no podrá ser asumida, interpretada o utilizada como exención, sustitución, extinción o novación de las obligaciones del Concesionario y por lo tanto éste continuará con la obligación de entregar a Aerocivil las Obras de

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

Modernización y Expansión en las condiciones y calidades previstas en el presente Contrato de Concesión.

Durante la Etapa de Modernización y Expansión las partes cumplirán las obligaciones que para esta Etapa de Modernización y Expansión se establecen de manera especial en el presente capítulo, sin perjuicio del cumplimiento de todas aquellas obligaciones que, sin encontrarse contenidas en el presente capítulo resulten aplicables durante la Etapa de Modernización y Expansión de acuerdo con los términos establecidos en el presente Contrato.

Durante la Etapa de Modernización y Expansión el Concesionario deberá ejecutar todas las actividades de Administración, Operación, Explotación Comercial, Modernización y Expansión y Mantenimiento que resulten aplicables de conformidad con lo establecido en el presente Contrato.”

En el laudo del 11 de julio de 2018, se estableció a partir del testimonio rendido por el estructurador del contrato:

“7.2.1 Testimonio de ALVARO MAURICIO DURAN LEAL

En el testimonio del profesional del derecho ALVARO MAURICIO DURÁN LEAL, quien participó en la etapa de estructuración del proyecto y naturalmente del contrato analizado y de la Cláusula 24, se alude a una orientación de incentivos y que las estipulaciones económicas no dependan de sanciones o incumplimientos ni se asocien con multas pues, a su juicio, en los “... proyectos de infraestructura, más que los castigos, más que las multas, más que las declaratorias de incumplimientos, son los incentivos económicos los que suelen en la vida real producir los mejores resultados”¹¹⁶.

De igual manera en dicho testimonio, el mencionado abogado al absolver una pregunta hecha por el apoderado de la convocada indica lo siguiente: “Es correcto, sí señor, el riesgo de que haya una demora por razones de que no le son imputables a él, pero como usted me pregunta por caso fortuito, fuerza mayor o hecho de un tercero, fue del concesionario en este caso en cuanto al 4% se refiere”¹¹⁷.

Para atender una pregunta del Ministerio Público, acerca de la naturaleza de la Cláusula 24 del contrato de concesión, y su eventual concomitancia con una cláusula penal, el abogado ALVARO DURÁN señala: “No recuerdo que nosotros hayamos pensado en la cláusula 24 particularmente en el segundo inciso en donde habla del 4% que será depositado en la subcuenta de excedentes, no creo

¹¹⁶ Página 4 del testimonio de Alvaro Mauricio Duran Leal, en el Tribunal arbitral de Sociedad Concesionaria Aeroportuaria Internacional OPAIN SA versus Agencia Nacional de Infraestructura

¹¹⁷ Página 12, del mismo testimonio

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

que corresponda, al menos no lo pensamos que correspondiera a la naturaleza a una cláusula penal, porque hasta donde recuerdo una cláusula penal implica un incumplimiento y una imputabilidad, sin imputabilidad no hay sanción y la cláusula penal hay sancionatoria y esto tiene desde el punto de vista legal y al menos así los abogados lo hicimos pensábamos así, no sé si estábamos equivocados o no, esto no tenía o no era nuestra intención que tuviera una naturaleza sancionatoria”¹¹⁸.

En otros apartes de su testimonio y ante una pregunta acerca de si con la mentada Cláusula 24 se había deseado introducir un “criterio de prevención”, el abogado DURAN LEAL precisó “ ... más que prevenir queríamos que hubiese un premio, lo que pasa es que fue puesto como un castigo ...”¹¹⁹ e indica, en adición, el carácter definitivo “a diferencia de otra cláusula del contrato que tiene una estipulación similar pero es así ... otro incentivo que era para terminar la etapa, creo que se llamaba etapa previa”¹²⁰.

De manera que, con fundamento en el mencionado testimonio, el Tribunal –entre otros elementos de importancia- recoge que la mencionada cláusula contiene un premio o recompensa por la terminación de las obras; que el incentivo reviste un carácter definitivo, sin ánimo de prevención, carente de temporalidad; que no se guió tampoco por los elementos de una cláusula penal bajo la consideración de prescindir de las consideraciones de incumplimiento e imputabilidad...”¹²¹

Dentro de sus conclusiones se destaca:

“En segundo lugar, el Tribunal debe aceptar el argumento de la ANI según el cual las Partes, como profesionales competentes, sabían o han debido saber lo que hacían al suscribir el Contrato junto con su Cláusula 24.

Los hechos de este caso dejan la impresión, señalada por la ANI, de que OPAIN, luego de haber consentido libremente y sin ambages a dicha Cláusula 24, buscó de dos formas distintas que ésta no fuera aplicada una vez que se extendiera la etapa de modernización y expansión del aeropuerto:

- 1. En un primer arbitraje, OPAIN solicitó al Tribunal que éste anulara la Cláusula 24 del Contrato. Dicho tribunal, sin embargo, denegó la pretensión anulatoria de OPAIN en un laudo del 4 de octubre de 2012, antes citado y,*
- 2. OPAIN insistió en negociar con la ANI una adaptación del 4% de la Cláusula 24 del Contrato al estado avanzado de los trabajos de modernización y expansión del aeropuerto, e inició el presente arbitramento con dicho fin.*

¹¹⁸ Páginas 14 y 15 del mismo testimonio.

¹¹⁹ Página 19 del mismo testimonio.

¹²⁰ Página 20 del mismo testimonio.

¹²¹ Página 62.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

*En este caso, sin embargo, es absolutamente claro que OPAIN **asumió totalmente los riesgos inherentes a cualquier período de extensión de la etapa de modernización y expansión del aeropuerto.** Entre los riesgos que, según la Cláusula 12 del Contrato, asumió el Concesionario, se encuentran identificados claramente los siguientes:*

“(…) Los efectos desfavorables derivados de cualquier retraso en la ejecución de las Obras de Modernización y Expansión, de acuerdo con los plazos contractualmente previstos, en tanto dicho retraso generará las consecuencias previstas en este Contrato, tales como la señalada en la CLAUSULA 24 y las sanciones para retrasos imputables al Concesionario Contenidas en el presente Contrato de Concesión”.

*El presente Tribunal considera entonces que, por lo tanto, no puede ahora OPAIN pretender trasladarle a la ANI, a través del presente arbitraje, **el riesgo** que claramente asumió al suscribir el Contrato. El arbitraje, en términos generales, no es ni debe ser un medio para que las partes obtengan lo que no lograron obtener en negociaciones libres y equilibradas.*

***-En tercer lugar,** el Tribunal ha llegado a la conclusión de que la Cláusula 24 del Contrato no puede ser calificada jurídicamente como una “cláusula penal de apremio” o “sanción económica”...”¹²²*

Respecto de esta cláusula se señaló en el laudo proferido el 4 de octubre de 2012:

“La ineficacia que prevé esta norma no es aplicable, pues como ya se expuso la cláusula 24 no implica una exoneración de responsabilidad, pues la misma puede ser reclamada cuando corresponda. Así mismo tampoco puede sostenerse que dicha cláusula induzca en error a los proponentes o que imponga la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada. En efecto, en todos los casos en que la extensión es por causa imputable a la entidad pública, el contratista podría reclamar la indemnización de perjuicios, la que podría incluir precisamente la totalidad o parte de las sumas que el contratista haya pagado en virtud de la cláusula 24, en la medida en que se pueda acreditar que dicho pago constituye un daño. En esta medida dicha cláusula tampoco viola a juicio del Tribunal las reglas de responsabilidad de las entidades estatales...”¹²³

Es decir, si bien es cierto el riesgo de carácter contractual fue asumido por el concesionario, según lo establecido en el citado laudo, ello no implicaba exoneración de responsabilidad por causas imputables a la Entidad contratante.

¹²² Página 74

¹²³ Página 536.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

Entiende entonces el Tribunal que las pretensiones principales hacen referencia a la declaratoria de una responsabilidad del Estado en cabeza de la convocada, como consecuencia de un daño antijurídico a ella imputable, según los parámetros señalados conceptualmente en la primera parte de este laudo. En desarrollo de lo anterior no puede limitarse el análisis a una responsabilidad contractual clásica del derecho privado, derivada exclusivamente del incumplimiento, sino por el contrario según los parámetros que desde el propio artículo 90 de la Constitución Política son aplicables a la Responsabilidad del Estado aplicable al contrato estatal.

El Tribunal con la finalidad de resolver las pretensiones que han sido incoadas por la convocante tendrá que analizar si como consecuencia de la prórroga que en la Etapa de Modernización y Expansión se hicieron en los otros ítems 21 y 27 se incorporaron riesgos que no fueron inicialmente previstos.

De igual forma, habrá que decidirse a partir del análisis de las causas que motivaron los mencionados otrosíes, si puede deprecarse una responsabilidad a cargo de la convocada por motivos a ella imputables.

En resumen, en las pretensiones 4 a 10 de la demanda, la convocante solicita se determine por el Tribunal si los riesgos incorporados en los otrosíes 21 y 27 obedecieron a unos no contemplados en el contrato, y donde surge una posible indemnización derivada de causas no imputables al contratista y sí a la Agencia Nacional de Infraestructura. A tales efectos pasará el Tribunal a analizar los citados aspectos en los otrosíes que son base de la controversia planteada.

1. LO ESTABLECIDO EN EL OTROSI 21 DEL 2 DE SEPTIEMBRE DE 2016.

En la parte considerativa del otrosí se establecieron como motivaciones:

“25. Que, la interventoría técnica, en el marco del Contrato de Interventoría No. 8000047OK de 2008, mediante comunicación No. 2016-409-064889-2 de fecha 28 de julio de 2016, emitió concepto indicando la necesidad de reprogramar las fechas de inicio y terminación de los siguientes subproyectos

HITO 7 *“RESAS PISTA NORTE”*

HITO 7B SUPERFICIES DE PROTECCION ANTIEROSION POR CHORRO DE TURBINA EN CABECERA PISTA NORTE FASE II
EXPANSION DE BAHIAS DE ESPERA PISTA NORTE – FASE 2

HITO 8 NIVELACION FRANJAS PISTA NORTE
DEMOLICION HANGAR AVIANCA FASE II Y PLATAFORMA
HANGAR AVIANCA FASE II

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

*SISTEMA DE ABASTECIMIENTO DE COMBUSTIBLES
PLATAFORMA HANGAR AVIANCA FASE I
RECONFIGURACION PLATAFORMA TPA (ABASTECIMIENTO
DE COMBUSTIBLES POR HIDRANTES, POSICIONES TIPO C,
D Y E) atendiendo lo indicado en la comunicación de la ANI No.
2014-309-014832 del 06 de agosto de 2014.*

26. Que por lo anterior, es necesario reprogramar la ejecución de los subproyectos enunciados en el considerando 9 del presente documento, con el fin de no impactar la operación del Aeropuerto El Dorado y mantener el servicio público esencial en esta terminal aeroportuaria, atendiendo la solicitud de Aerocivil expuesta en la comunicación No. 1070.092.5.2016016812 del 10 de mayo de 2016...”

Como puede verse 3 hitos se encontraban pendientes de finalización según lo certificado por la interventoría.

Se concluye que a lo largo del documento contractual, existieron específicas obligaciones a cargo de la **AEROCIVIL**, con fechas determinadas para la publicación de NOTAMS, que permitieran el adelantamiento de las obras en la franja norte.

Así se señaló expresamente en la Cláusula Primera del citado otrosí:

“Para las SUPERFICIES DE PROTECCION ANTIEROSION POR CHORRO DE TURBINA EN CABECERA PISTA NORTE FASE II, RESAS PISTA NORTE, Y NIVELACION DE FRANJAS PISTA NORTE, es necesario se cumplan las siguientes condiciones:

- 1. Entrega por parte de la ANI de los diseños de detalle definitivos de las intervenciones eléctricas para el sistema CAT III debidamente aprobados y definición del alcance de las mismas a cargo de **OPAIN**.*
- 2. Definición por parte de la Aerocivil de las ventanas operacionales con las cuales contará OPAIN para la ejecución de los trabajos de la pista norte, los cuales deberán ser como mínimo iguales a las que hasta la fecha han sido otorgadas con 20 días de cierre de la pista norte al mes con seis horas de cierre por día, que incluyen 2 domingos al mes con 14 horas de cierre por día.*
- 3. Definición y acuerdo entre las partes del valor y el cronograma de ejecución de las intervenciones eléctricas para el sistema CAT III.*
- 4. Definición por parte de la Aerocivil de la fecha y duración del desplazamiento del Umbral requerido para ejecutar las intervenciones que se encuentren pendientes en la cabecera 13L cuya duración mínima deberá ser de 3 meses.*
- 5. Ejecución por parte de la Aerocivil de las actuaciones eléctricas necesarias conforme a lo dispuesto en el Laudo del 4 de octubre de 2012, el cual define las condiciones de inicio de las obras en la RESA occidental y franjas de Pista Norte.*
- 6. Entrega por parte de la ANI de la comunicación donde se incluya el programa coordinado de las intervenciones a*

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

ejecutar por terceros en las mismas áreas en las que OPAIN ejecutará las obras que le corresponden. 7. Definición por parte de la ANI del alcance de las obras a ejecutar en la cabecera 13 L

Si bien es cierto, nos encontramos ante una obligación a cargo de la AEROCIVIL como autoridad aeronáutica, es claro para el Tribunal que el cumplimiento de la misma, conllevaba la aplicación de un riesgo claramente determinado en el otrosí al Contrato de Concesión, cual era la necesaria apertura de las ventanas operacionales para las intervenciones pactadas en el contrato. No por ser un tema a cargo de la **AEROCIVIL**, debe desligarse del contrato.

A tales efectos el análisis de los riesgos del contrato, no puede ser determinado únicamente según el texto inicialmente pactado entre las partes. Precisamente el Contrato de Concesión, debido a las necesidades que surjan en su ejecución para el cumplimiento de los propósitos establecidos, puede estar sujeto a acuerdos entre las partes, que como en el presente caso van determinando y concretando el desarrollo de las mismas.

Es por ello, que bien ha señalado la Corte Constitucional, los contratos de concesión son por naturaleza incompletos, por lo que requieren las más de las veces la suscripción de documentos contractuales donde las partes, puntualicen y determinen ante las circunstancias propias de un plazo de ejecución largo, los riesgos y cumplimiento de nuevas obligaciones, respetando el objeto contractual inicialmente proyectado:

“Las concesiones son por naturaleza contratos incompletos, debido a la incapacidad que existe de prever y redactar una consecuencia contractual para todas y cada uno de las posibles variables y contingencias que pueden surgir en el desarrollo del objeto, lo que impone un límite a las cláusulas contractuales efectivamente redactadas. Por ello adquiere especial relevancia la posibilidad de renegociar y modificar los contratos con el fin, entre otros, (i) de recuperar el equilibrio económico, en los eventos en los que se materializan obstáculos no previsibles, extraordinarios y no imputables al contratista, o (ii) de adecuar la prestación del servicio a las nuevas exigencias de calidad, por ejemplo, desde el punto de vista tecnológico. Además, debe tenerse en cuenta que los contratos de concesión tienen características de contratos relacionales. Estos contratos se caracterizan por ser a largo plazo y por ello la relación entre las partes se fundamenta en la confianza mutua que se desprende (i) de la interacción continuada entre ellas, y (ii) de que su interés por cumplir lo pactado no se fundamenta exclusivamente en la verificación de un tercero sino en el valor mismo de la relación. Esto hace que el gobierno de la transacción sea diferente, pues los procesos de ajuste a circunstancias imprevistas no se limitan a una simple renegociación de los términos contractuales sino que comprenden una redefinición de las estructuras administrativas de gobernación dispuestas para

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

evitar conflictos en la relación a largo plazo. Sin embargo, como se señaló en apartes previos y se deriva de la naturaleza vinculante del contrato y del principio de planeación, la modificación debe ser excepcional y debe (a) justificarse en razones autorizadas por la ley y debidamente probadas y fundamentadas, y (b) no corresponder a objetos nuevos; lo contrario crearía incentivos para que las partes se aprovechen de la alta especificidad de las inversiones que la infraestructura demanda y de que la relación contractual ya se encuentra formada, para comportarse de manera oportunista, es decir, mediante conductas dirigidas a ignorar los principios de la contratación estatal –como la libre concurrencia y la selección objetiva- y, por esta vía, de la función administrativa constitucionalmente consagrados...”¹²⁴

A lo largo de la controversia se debatió por parte de la convocada que su presencia en esta controversia era improcedente, teniendo en cuenta que el manejo de las NOTAMS estaba a cargo de la **AERONÁUTICA CIVIL**.

Considera el Tribunal que la labor de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** en el presente caso, era precisamente la de realizar la coordinación interinstitucional para el desarrollo adecuado del contrato. Muestra de ello lo constituye el Contrato de Consultoría No. 485 de 2015 cuyo objeto es “Contratar un Consultor que haga seguimiento, coordine, articule y gestione como apoyo al trabajo de supervisión de las Entidades, las diferentes actividades a ejecutarse en el Aeropuerto Internacional El Dorado, a partir de la elaboración de un programa o plan de gerencia (PROGRAM MANAGER) que integre los diferentes actores que puedan intervenir en el normal desarrollo del Contrato de Concesión No. 6000169-OK de 2006”

Es así que dentro de las obligaciones del PROGRAM MANAGER contratado se encuentran las relacionadas en el literal B) de la Sección 2.01:

“B. OBLIGACIONES ESPECIFICAS DEL CONSULTOR.

Durante el desarrollo del objeto del Contrato, el consultor se obliga y tendrán a su cargo, entre otras y sin limitarse a ellas, a realizar como mínimo las siguientes actividades que se describieron anteriormente, para tales efectos, el consultor deberá realizar y sin limitarse a ello, todas las acciones tendientes al cabal cumplimiento del objeto a contratar, de acuerdo con las mejores prácticas y técnicas implementadas o que se deriven en proyectos de esta naturaleza.

- 1) *Preparar y proponer un Plan de Gerencia del Programa para la adecuación de la Infraestructura (plan de choque) del Aeropuerto Internacional El Dorado, que integre los diferentes actores que puedan intervenir en el normal desarrollo del Contrato de Concesión No. 6000169-OK y que debe incluir, como mínimo los siguientes aspectos:*

¹²⁴ Sentencia C-300 de 2012.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

- a) *Procedimientos de gestión, coordinación y plazos*
- b) *Protocolos de Comunicación*
- c) *Gestión Documental*
- d) *Gestión de Riesgos*
- e) *Seguimiento y coordinación del proyecto y obras*
- f) *Gestión Medioambiental*
- g) *Gestión Social...*

Refuerza lo anterior, lo establecido en el Parágrafo Primero de la cláusula primera del Otrosí 21: *“La ANI manifiesta que los entregables 2 y 4 descritos en el párrafo anterior así como su alcance no son de su resorte y en ese sentido, su actuación únicamente se limitará a procurar que haya una adecuada coordinación entre la AEROCIVIL Y OPAIN...”*

Tenemos entonces que en la manifestación realizada por la propia Agencia se encuentran causas que generaron la extensión y que si eran de su resorte como aquellas que no corresponden a los numerales antes citados.

De las pruebas testimoniales realizadas, se pudo establecer que ese Consultor (PROGRAM MANAGER) hizo parte de las reuniones que definieron la hoja de ruta frente a nuevos impactos generados por el no cumplimiento de las condiciones fijadas en el otrosí No. 21 por los diferentes actores.

La Ingeniera ANDREA CASTELLANOS, ante las preguntas realizadas por el Tribunal mencionó:

“DR. BARRERA: Doctora Andrea para efectos de claridad ese tema de Project Manager, ¿quién estaba a cargo de ese tema, ese es un tema contractual?, usted dijo que era con la Agencia, ¿el tema?

SRA. CASTELLANOS: Sí, no, esa figura no existía en el contrato, no existía sino hasta más o menos el 2015 y es una figura que se... establecer en conjunto con la ANI y la Aerocivil dado los múltiples trabajos que se iban a hacer en el Aeropuerto El Dorado, entonces implicaba y requería una coordinación porque ya no era un solo actor o un solo concesionario sino eran múltiples actores simultáneos y deciden contratarlo, de lo que yo tengo conocimiento, ese contrato entiendo yo lo suscribió la ANI y esta firma era un consorcio, estudios técnicos... y digamos que para eso se generabas unos comités, nos hacían ir a todos a la mesa, que esa figura inclusive entró a las medidas de seguimiento que me preguntó alguno de ustedes en el interrogatorio, me faltó mencionarla, existían esos comités también que eran los comités de programación, se hacían los miércoles en la tarde, iba todo el mundo... hasta el vicepresidente de gestión contractual de la ANI, Andrés Figueredo iba a esa reunión, porque pues tenían

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

una, o sea, era una coordinación a un nivel súper alto, iban los representantes legales de las compañías...”

La afectación que podía presentar la indefinición en las ventanas operacionales fue narrado por la citada Ingeniera en el interrogatorio realizado por el Tribunal:

“DR. BARRERA: Entonces como le decía por favor si nos puede especificar técnicamente cada uno de los puntos y la presencia del tema del CODAD, el tema de ventanas operacionales, cómo implicaba, presupuestado cuál era el compromiso, si nos puede especificar un poco más ese tema.

SRA. CASTELLANOS: Voy a comenzar por ventanas operacionales. Trabajar en un aeropuerto en ciertas áreas restringidas como son las pistas, calles de rodaje y algunas plataformas implican obtener unos permisos especiales. Estos permisos se llaman las ventanas operacionales que a su vez responden a unos notams o unas notificaciones que se deben publicar por parte de la Aeronáutica Civil para que sean del público conocimiento de toda la industria aeronáutica de aeroportuaria.

Las ventanas operacionales en qué consisten, consisten en indicar, en establecer las horas o períodos de tiempo en que una infraestructura específica que para nuestro caso era la pista norte, se encuentra cerrada para su operación y por consiguiente es posible ejecutar actividades en esa infraestructura. Para nuestro caso actividades de construcción o para cualquier caso pueden ser actividades de mantenimiento o de recoger obstáculos que se encuentran en la pista. Entonces ese es el concepto y el criterio ventanas operacionales.

Dado que nuestra intervención no era específicamente en la pista, pero nuestra intervención era las franjas de seguridad de la pista, que son esas áreas verdes que si ustedes van aterrizando en su avión ven al lado y lado de la pista, esas áreas de seguridad no pueden ser intervenidas mientras la pista esté operando, porque precisamente están diseñadas y concebidas para que hagan como una zona de resistencia de manera tal que si un avión se llega a salir de la pista ayuda a frenar esa velocidad que tiene el avión y opere como una zona de seguridad que ayude como al proceso de frenado parado y hacer que el avión se quede en esa zona y no siga su rumbo más allá hacia otras zonas del aeropuerto que pueden implicar accidentes.

Entonces las ventanas operacionales se requerían para ejecutar prácticamente el 90% de las obras intervención que le correspondía a OPAIN, por lo tanto, debían ser publicadas y si no se contaban con esas ventanas operacionales era imposible ejecutar las obras. Qué ocurre, estas ventanas operacionales son

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

concertadas, son pedidas por los diferentes actores, el que las debe publicar como tal es la Aeronáutica Civil, o sea, nadie más puede hacer la publicación de las mismas y los diferentes actores que tengan que solicitar los cierres de las pistas o de las calles de rodaje o la infraestructura en la que requiera intervenir pues presentan la solicitud y las mismas son otorgadas y publicadas por la Aeronáutica Civil.

Estas ventanas operacionales surten diferentes modificaciones, algunas anunciadas anticipadamente, otras en la misma noche en la que se va a ingresar la Aeronáutica Civil si tuvo alguna contingencia, si tuvo algún problema de retrasos de vuelo, lo que sea, en la misma noche en la que se piensa intervenir podemos tener todo el equipo listo como nos sucedió para iniciar las intervenciones y siendo las 12:00 le dice, no, no puede entrar... o ventana operacional cancelada o, hay veces se lo informaban a usted a las 4:00 p.m. o, como... 2017 por unos problemas eléctricos que tuvieron en la pista, una suspensión completa del mes de marzo – agosto en la que a pesar de que las ventanas habían sido asignadas la Aeronáutica Civil decide en conjunto con la ANI para ese caso específico que... pues lo vulnerable que se encontraba la infraestructura eléctrica de la pista, que se suspendían hasta que se encontrara una solución que permitiera a hacer intervenciones no sólo a OPAIN sino a los otros actores que tenían intervenciones en la pista.

Entonces como le digo, las ventanas es un tema que no se programa un día para otro, es un tema que debe ser programado con anticipación, sólo a quien tiene que a hacer una intervención de emergencia como a quien tiene el mantenimiento de la pista es posible que le dé una ventana operacional de la misma tarde para esa noche intervenir, pero para efecto de las obras de las cuales nosotros estábamos haciendo, ejecutando, no era un tema de último momento, es decir, es un tema que implicaba una programación, una planeación, una notificación y una publicación porque estos temas son publicados en una página de la Aeronáutica Civil, es decir, era programado.

Y, explicarles también que de pronto me faltó... ahí, estos notams generalmente no son de día, o sea, estos notams son cierre de la pista en horario nocturno, las ventanas normalmente son máximo de 6 horas, es decir, que usted puede entrar a las 12:00 de la noche y a las 6:00 de la mañana tiene que haber desocupado completamente la pista y, como parte de la concertación que se hizo con la ANI se estableció que también se iban a dar ventanas operacionales de cierre de 12 a 14 horas los domingos, dos domingos al mes, pues porque los domingos es un tema de menos frecuencia y eso se logra pues en la concertación de industria aeronáutica. Eso es más o menos en lo que consiste la ventana operacional, es un cierre completo de la infraestructura, para nuestro caso la pista que permite entrar a hacer intervenciones en infraestructura cierra

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

completamente la operación de la misma y es la única forma mediante la cual se pueden hacer intervenciones en ese tipo de infraestructura del resto no hay otra opción, o sea, mientras los vuelos, ¿señor?

DR. BARRERA: Cuando se suscribe el otrosí 21... subsanó eso, conoce bien el tema de ejecución de obra cuando se pudo entregar.

SRA. CASTELLANOS: Sí, a ver, le explico. Cuando se suscribe el otrosí 21 se pacta y quedó como parte de uno de los párrafos de una de las cláusulas del otrosí 21, se pacta la duración de estas ventanas operacionales, es decir, se dice que se debían dar 20 días de ventanas operacionales de los cuales debían tener mínimo duración de 6 horas diarias y, dos domingos al mes con duración de 14 horas por día cada domingo. Es decir, se pactan unas horas totales que se debían contar con notams y también digamos que la claridad es, a usted no le sirve que, si le habían ofrecido cinco, como nuestro caso, 18 días de 6 horas más 2 días cada uno de 14 horas, luego alguien coja y multiplique las horas y se las reparte como sea.

Porque resulta que cada operación nocturna de entrar y salir implica una movilización y desmovilización, es decir, que usted para poder entrar a trabajar a la pista tiene que estar con todo su equipo listo 11:00 de la noche, todo el mundo listo parado, esto es como, háganlo, estas obras son como si ustedes han visto... la fórmula uno, es como cuando le van a tanquear, es así, porque no se puede perder un segundo, un minuto, porque la dificultad que tenían estas obras es que la pista para que pueda volver a quedar operativa no puede quedar con ningún hueco, ninguna partícula, con ninguna zona vulnerable porque donde alguna de esas partículas llegue a entrar a la turbina de un avión es una condición, pues podemos, se puede causar un accidente o dañar un avión o causar un accidente o múltiples cosas que puede pasar entonces esto es una operación maratónica, lo que implica es, cuando usted va a entrar, cada operación de movilización, desmovilización, es de un turno de 6 horas, usted realmente puede trabajar efectivo 4 porque le toma una hora entrando porque apenas a usted le entregan la pista, usted tiene que hacer una inspección completa, con los funcionarios que le deleguen para tal fin, está la interventoría acompañando el proceso para demostrar que, cuántas... están buenas, si hay algún daño, si quedó algún cable suelto, uno tiene que reportar cómo recibe y, luego después de que esa inspección pueda entrar a trabajar y esa inspección solamente se puede hacer cuando la pista está cerrada, eso usted a las 12:00 le dicen, le entrego la pista, usted entra con su equipo, inspecciona absolutamente todo y si se encuentra alguna novedad que por alguna razón, una baliza dañada es un tema que luego la pista no puede entrar a operar de

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

regreso, eso tiene que reportarlo inmediatamente, algunas veces la Aerocivil no tenía el equipo de contingencia listo para arreglar esa baliza o se presentaba la discusión de que quién dañó la baliza, etc.

Entonces usted entra, inspecciona, y luego después de que esa inspección está dada entra a trabajar y luego si usted tiene que volver a la pista a las 6:00 de la mañana, a las 5:00 en punto tiene que parar completamente su operación y comenzar el proceso de revertir otra vez la pista a la Aeronáutica. Entonces por eso estas ventanas operacionales, las horas que le suministraban a usted era súper importantes. Entonces alguien diría, pues le quitaron dos, tres días de notams, tres días de notams pues es perder de 20 días de trabajo, es perder casi el 15% de la ejecución de un mes.

Y no podían ser la reposición de las mismas, no era como, le doy tantas horas es un día le doy, en lugar de 4 le doy 8 horas, no era tan así, o sea, implicaba una revisión exhaustiva, entonces en ese otrosí se pactaron esas ventanas, quedaron las condiciones y a partir del otrosí 21, tal como quedó establecido y está notificado en un acta reprogramación que se tuvo que firmar, que quedó pactada en el otrosí 21 porque el otrosí 21 la fecha de entrega era el 30 de noviembre del 2017 y esa fecha tampoco fue posible cumplirla porque también hubo suspensiones de notams por períodos de marzo – agosto, cancelaciones abruptas de notams, para eso y tal como se estableció en el otrosí 21 quedó pactado que en caso tal que esta fecha no se pudiera cumplir del 30 de noviembre del 2017, se suscribiría una acta de reprogramación y esa acta de reprogramación fue de hecho suscrita con la ANI y entre la ANI y OPAIN y si ustedes no sé si tienen acceso a esa acta de reprogramación, en esa misma acta aparece la trazabilidad de múltiples cancelaciones y suspensiones que se dieron inclusive después de firmado el otrosí 21.

El otrosí 21 creo que se firma en septiembre del 2016, si no estoy mal, inclusive después de haber firmado ese otrosí, vuelven y se generan múltiples cancelaciones o suspensiones... los cuales nosotros mandábamos cartas, el día de hoy siendo tal hora usted me notificó que me cancela entrar a la pista.

Y, quiero explicarles las implicaciones y la gravedad que tiene que usted reciba un correo a las 4:00 de la tarde, la cancelación de una ventana operacional. Es que al ser estos trabajos nocturnos usted tiene que haber enviado a toda la cuadrilla, a toda la gente, les voy a explicar. Nosotros llegamos a tener 200 volqueteros, sólo de volquetas listas para trabajar una noche, usted tiene que mandar todo ese equipo a trabajar en turno

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

nocturno por razones de las normas de seguridad y salud en el trabajo, tiene que mandar a todo ese equipo a trabajar de noche y cuando a usted a las 4:00 de la tarde le dicen, ah, no, hoy no puede trabajar, es un día que usted, igual la gente, no la puede poner a hacer nada, o sea, perdió el día de trabajo, fuera de que perdió, o sea, igual tuvo que pagar los sueldos, tuvo que pagar las vueltas, todo disponible, no pudo trabajar.

Entonces, nosotros en esa acta de reprogramación quedó la notificación completa de las afectaciones, es decir, las cancelaciones de notams, los períodos de suspensión doctor Barrera se presentaron continuamente, es decir, la situación nunca se subsanó del todo y la única forma en la que subsanaba era le doy tres meses más de ejecución del proyecto, que fue lo que en efecto ocurrió con el acta de reprogramación donde el plazo inicial del otrosí 21 era 30 de noviembre del 2017, el plazo final quedó siendo 28 de febrero del 2018, es decir, nosotros pudimos entregar la obra hasta el 28 de febrero del 2018 para la verificación de la interventoría y pues se les cumplió claro es eso. La situación de cancelaciones de ventanas, nunca se subsanó, es una situación que se siguió presentando permanente...”

Dicha coordinación interinstitucional, surge necesariamente de las obligaciones contenidas en el otrosí No. 21 con ocasión del puntual cumplimiento por parte de la **AEROCIVIL** para la intervención de las obras derivadas de la franja norte.

No puede establecerse válidamente en criterio del Tribunal que la **AEROCIVIL** constituye un tercero que pueda exonerar de las responsabilidades a cargo de la Agencia en cuanto a la coordinación que en materia institucional surgen como producto de la subrogación realizada.

Así da cuenta la comunicación del interventor Técnico del 23 de octubre de 2017 y que se permite transcribir textualmente el Tribunal:

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

488
000409

Bogotá D.C., 23 de octubre de 2017

JFA-A&C-0840-17

Señores

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI

Atn: Doctora **MARÍA EUGENIA ARCILA ZULUAGA**

Gerente de Proyectos Aeroportuarios – Vicepresidencia de Gestión Contractual

Bogotá D.C.

REF: CONTRATO No. 80000470K/2008 – INTERVENTORÍA A LAS OBRAS DE MODERNIZACIÓN Y EXPANSIÓN DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL EL DORADO DE LA CIUDAD DE BOGOTÁ D.C.

ASUNTO: 1) Comunicación ANI No. 2017-309-032081-1 – Solicitud concepto a la comunicación OPAIN No. 20179500077641 – Reporte de OPAIN S.A., por daños en nivelación de Franjas Pista Norte del Aeropuerto Internacional El Dorado. 2) Comunicaciones de Opain S.A. Nos. 20179500088981, 20179500089401 y 20179610009621- Afectación plazo de ejecución pista Norte.

Respetada Doctora María Eugenia:

La Interventoría Técnica se permite a continuación referirse a los temas del asunto en los siguientes términos, así:

- 1) Comunicación ANI No. 2017-309-032081-1 - Reporte de OPAIN S.A. por daños en la nivelación de las Franjas de la Pista Norte del Aeropuerto Internacional El Dorado.

En la comunicación del Concesionario No. 20179500077641, éste manifiesta que en reiteradas comunicaciones, gestiones y coordinaciones adelantadas, no ha sido posible suscribir el documento de transacción planteado a CODAD para normalizar los daños recíprocos presentados con ocasión de las obras de la nivelación de las Franjas de la pista Norte. Igualmente, menciona el Concesionario que sobre este tema sus intervenciones estarán sujetas a la aprobación de las ventanas operacionales por parte de la Aerocivil, y por ser obras afectadas por un tercero, estima que entre otras situaciones requerirá de un plazo adicional de cuarenta y cinco (45) días para terminar sus obras.

- Al respecto, Opain S.A. nos ha informado que el día jueves 5 de octubre de 2017 realizó una reunión con asistencia de funcionarios de la ANI, Project Manager y CODAD con el fin de revisar y ajustar el documento para permitir la suscripción

J. FELIPE ARDILA V. & CIA. LTDA.
-SOCIETARIO CIVIL-



Destino: DIRECCION GESTION DOCUMENTAL



No. 20171100656362

Fecha Radicado: 2017-10-30 15:03:08

Anexos:

OPAIN S.A.

Constructora ABC S.A.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

000410

del Acta de Acuerdo entre las partes, la cual a pesar de haberse ajustado y enviado al Concesionario CODAD, aún a la fecha no se ha firmado.

Sobre esta situación, es importante recordar lo que la Interventoría Técnica le informó a la ANI, el pasado 28 de agosto de 2017, mediante el oficio No. JFA-A&C-0684-17 con radicado de la Agencia No. 2017-409-091456-2, así:

"(...)

No obstante lo anterior, nuevamente recomendamos a la Agencia Nacional de Infraestructura liderar este tema hasta lograr su terminación, pues hemos sido informados por el Concesionario OPAIN S.A. que el acta de acuerdo de la transacción entre OPAIN y CODAD aún no ha sido firmada.

Teniendo en cuenta el plazo perentorio que tienen estos trabajos para su terminación el 30 de noviembre de 2017, advertimos que la Interventoría Técnica no podrá realizar recibo de la pista Norte a satisfacción mientras persistan las deficiencias que fueron ocasionadas por los Concesionarios."

- 2) Comunicaciones de Opain S.A. Nos. 20179500088981, 20179500089401 y 20179610009621 - Afectación plazo de ejecución pista Norte.

Adicional a lo anterior y a lo presentado en las comunicaciones mencionadas, Opain S.A. presenta a la Agencia Nacional de Infraestructura nuevas consideraciones con el fin de que se le otorgue un plazo adicional de cuarenta y cinco (45) días para culminar las obras de las Franjas de la Pista Norte, entre otras menciona las suspensiones de Notam realizadas por la Aerocivil, las cuales se dieron los días 23, 24 y 25 de septiembre y 4, 5 y 6 de octubre de 2017, además de la situación que se presenta con la suspensión de actividades generada durante el periodo del 13 de marzo al 1 de agosto de 2017, durante el cual no fue posible adelantar trabajos en esta zona como consecuencia de los daños presentados en el cable XLPE 5 Kv.

Reitera igualmente que debido a estas y otras situaciones se requiere que la ANI le otorgue una ampliación del plazo para terminar las obras de la Nivelación de las Franjas de la pista Norte el cual estima en los cuarenta y cinco (45) días ya mencionados.

- Respecto a lo anterior, la Interventoría Técnica considera importante mencionar lo que establece el Otrosí No. 21 del 2 de septiembre de 2016 al Contrato de Concesión No. 600169OK de 2006, en la **CLÁUSULA PRIMERA**, donde para el subproyecto de la Nivelación de las Franjas de la Pista Norte, se indica que se deben cumplir las siguientes condiciones para las partes (ANI, Aerocivil y Opain S.A.), así:

J. FELIPE ARDILA V. & CIA. LTDA.
INTERMEDIARIOS CONTABLES



aicsa@cable.net.co

 **constructora ABC S.A.**
CRA 100 No. 123-100

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

000411

~~410~~

"1. Entrega por parte de la ANI de los diseños de detalle definitivos de las intervenciones eléctricas para el sistema CAT III debidamente aprobados y definición del alcance de las mismas a cargo de OPAIN. 2. Definición por parte de la Aerocivil de las ventanas operacionales con las cuales contará OPAIN para la ejecución de los trabajos en la Pista Norte, las cuales deberán ser como mínimo iguales a las que hasta a la fecha han sido otorgadas con 20 días de cierre de la pista norte al mes con seis horas por día, que incluyen 2 domingos al mes con catorce horas de cierre por día. 3. Definición y acuerdo entre las partes del valor y el cronograma de ejecución de las intervenciones eléctricas para el sistema CAT III. 4.

(...)

PARÁGRAFO PRIMERO. En caso de que una o varias de estas circunstancias no se materialicen con la anterioridad suficiente de tal forma que garantice el inicio de las respectivas obras, las partes se comprometen a suscribir un acta de reprogramación en la cual se deberá establecer con el mayor nivel de detalle las condiciones de ruta crítica y las actividades a realizar por las partes y los terceros que ejecutan obras en la pista norte, cuyos efectos deberán ser revisados por las partes."

Por todo lo anterior, la Interventoría Técnica observa que efectivamente la Aerocivil no ha entregado las ventanas operacionales en las condiciones acordadas en el Otrosí No. 21 del 2 de septiembre de 2016 al Contrato de Concesión, como tampoco ha oficializado por escrito a la ANI sobre el retiro de la obligación de las actividades de ejecución por parte de OPAIN de las canalizaciones y cajas eléctricas para el CAT III de la pista Norte que ha informado la Aerocivil que realizará de forma directa, por lo que consideramos que se debe ampliar el plazo para la ejecución de las Franjas de la Pista Norte, previa presentación por parte del Concesionario de una programación detallada la cual debe ser aprobada previamente por la Interventoría Técnica y conciliada con la Aerocivil para determinar con precisión sobre el otorgamiento de los Notam de trabajo.

Atentamente,


ALFREDO DIAZ GRANADOS GUIDA
Director Técnico Interventoría

C.C. Dr. Álvaro González Ringler – Gerente General – OPAIN S.A.
Consecutivo

J. FELIPE ARDILA V. & CIA. LTDA.
INDEPENDIENTES



aicsa@cable.net.co

 **constructora AGC S.A.**
BARRIO, GUATEMALA

Dicho riesgo, el de coordinación interinstitucional por parte de la Agencia, fue producto precisamente de la subrogación realizada. Precisamente como fue tratado en la primera parte de este laudo, corresponde a la Agencia en virtud de la misma la gestión contractual del contrato. El mencionado riesgo que venía afectando la adecuada observancia por parte de la **AEROCIVIL** en las ventanas operacionales para la realización de las obras, no puede ser trasladado al Concesionario.

Allí recurre el Tribunal a las reglas de asignación de riesgos establecidas desde el Documento CONPES 3107 en su sección V y que han sido reiterados en nuevos documentos, entre ellos el 3714 de 2011, siendo en éste caso la convocada a quien le

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

correspondía como subrogada la labor de control y mitigación de éste riesgo, y que se vio plasmada incluso en la figura de Program Manager que ella misma contrató.

En desarrollo de lo anterior, el mencionado riesgo – de coordinación interinstitucional- no fue establecido en el contrato, surge como consecuencia de la subrogación realizada, por ende no hizo parte de los riesgos inicialmente contemplados dentro del contrato, por lo que habrá de despacharse parcialmente favorable la pretensión cuarta de la demanda.

Igual reflexión cabe frente al tema de intervenciones eléctricas y presencia de CODAD, que fue explicado por la testigo ANDREA CASTELLANOS, ante preguntas del Tribunal:

“DR. BARRERA: Frente al tema de intervenciones eléctricas doctora Andrea y el tema CODAD, mejor dicho, en el orden.

SRA. CASTELLANOS: Se lo voy a explicar. Frente a las intervenciones eléctricas, este tema viene mencionado desde el otrosí 12 como una condición, como precedente requería para ejecutar las intervenciones, en el otrosí 21 vuelve y queda registrado junto con, cuando se mencionan las ventanas operacionales mínimas también queda mencionado las intervenciones eléctricas, en realidad en el transcurso del tiempo hubo muchos cambios de posición de quien lo hace, si lo hago, era claro que OPAIN no lo tenía que hacer porque ya un laudo había fallado al respecto, o sea, digamos que lo único que estaba claro era que no era una obligación contractual de OPAIN, entonces en el proceso en algún momento llegaron a decirle OPAIN entonces usted cóticeme, dígame si usted lo puede hacer y cuánto puede costar, yo le doy los diseños, nosotros revisamos esos diseños y cuando los recibimos encontramos múltiples objeciones técnicas, ...todos los reportes, esto no cumple por A, B, C, D, les hicimos un presupuesto de cuánto podría costar y en todo el transcurso de revisión de va y viene y las intervenciones seguían sin ser resueltas, seguían sin ser resueltas, seguían sin ser resueltas, llegamos a que en agosto, perdón, en marzo del 2017 ocurrió un incidente que inclusive fue público en que se queda la pista sin luz de noche porque falló un cable que pues claramente no había sido intervenido ni atendido por la Aerocivil y ese fue el objeto de la suspensión de obra entre marzo y agosto que no nos permitieron hacer obras.

Entonces en ese momento la ANI en cabeza del vicepresidente de gestión contractual que para la fecha era Andrés Figueredo, pues reúne a todo el mundo en la mesa porque no solamente OPAIN estaba haciendo intervenciones en la zona, OPAIN, CODAD, estaban haciendo

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

unas obras de la calle Lima que tenían impacto también con, que era el Consorcio... que el líder era Conalvías, que también tenía que llegar y empatar a la pista, entonces pues Andrés Figueredo sobre el único que tenía los dos concesionarios que él administraba en gestión contractual era CODAD y OPAIN; y, por el otro lado... que era un tema Aerocivil entonces Andrés Figueredo nos sienta a la mesa, al representante legal de OPAIN que era pues Andrés Ortega que era mi jefe en ese momento, estaba yo, estaba CODAD y dice toca suspender las obras, esto no puede seguir así, la Aerocivil entonces dice, yo necesito ayuda, no soy capaz, se suspenden todas las obras y entonces dentro de las alternativas es, como cada quien ayude, qué pueden ayudar, la Aerocivil no fuerza las intervenciones y como un plan de mitigación, digamos que se construyó un plan de mitigación, la Aerocivil dice, yo puedo a hacer algo con las intervenciones eléctricas, yo puedo hacer algo temporal, pero no tengo el cable.

En vista que llevamos suspendidos marzo, abril, entonces nosotros dijimos, listo, nosotros donamos ese cable y entonces Aerocivil donó el cable, yo misma lo compré y lo doné y lo entregué, CODAD donó otro pedazo, otro cable, pues son cables muy costosos porque es que la pista son 3.8 kilómetros y da la vuelta, o sea, eran entonces, y en todo esto llegamos a que por fin, entonces se le entrega el cable, luego la Aeronáutica Civil no sabía qué hacer, que sí, que no, la conclusión de esto y para poder reiniciar obras en agosto de 2017 es que con el cable donado por OPAIN, CODAD donó otras cosas, la Aerocivil hizo como una intervención temporal, vuelvo y digo temporal, no las adecuaciones definitivas porque esas adecuaciones definitivas la Aerocivil las vino a hacer después de haber terminado la pista, es decir, nosotros entregamos en febrero del 2018 y ellos comenzaron algo así como noviembre de 2017, diciembre, o sea, ya estábamos acabando la obra y comenzaron e inclusive hizo daño sobre las obras que OPAIN ya había hecho y por eso si ustedes leen, pues tengo conocimiento de esto, que pues me llamaron a hacerle seguimiento algunos casos, si ustedes leen el acta de verificación de entrega de las obras de la pista, se entregan 28 de febrero de 2018 y hubo daños que se tuvieron que atender y por eso está todo absolutamente documentado en esa acta de verificación.

Entonces, como les digo hubo una solución temporal donde pues todo el mundo tuvo que poner algo para ayudar a resolver porque sino era imposible ejecutar esa obra, era imposible, entonces la Aerocivil dice, listo, yo ya me siento con tranquilo con esa solución temporal y ahí sí fue como entramos a intervenir de nuevo, creo que a finales de agosto, principios de septiembre de 2017, porque la obra estuvo suspendida de

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

marzo a agosto porque pues nunca se resolvía el tema eléctrico, la Aerocivil nunca pudo intervenirlo y tocó entre todo el mundo ayudarlo en algo y les digo fue una solución temporal. La definitiva ya hoy sí la tienen implementada, pero quedó implementada después de acabar las obras, o sea, de la pista.

Frente al tema eléctrico en realidad esa condición definitiva nunca se cumplió y tocó y lo hicieron con una temporalidad, pero aquí lo importante para todas las partes era que la Aeronáutica Civil pues se sintiera segura que podía operar su pista, pues que él con sus adecuaciones que él mismo hizo porque las tenía que hacer la Aeronáutica con lo que hizo así fuera de manera temporal, dijera yo estoy tranquilo para que el aeropuerto opere y así fue, en finales de agosto -septiembre de 2017 fue cuando permitió reanudar las obras; y, frente a CODAD ese fue, no sé si en el tema eléctrico...”

Diferente es la situación frente al denominado HITO 8B del otrosí, esto es la “DEMOLICION HANGAR AVIANCA FASE II, Y PLATAFORMA HANGAR AVIANCA FASE II”, donde se señaló como fecha para la terminación de esas obras el 31 de marzo de 2018, siempre y cuando Avianca restituyera el Hangar 2 a OPAIN.

Según el acervo probatorio allegado al expediente, Avianca no realizó la mencionada restitución, situación ésta que permaneció en el tiempo incluso durante el término previsto en el otrosí 27, y que motivó la propuesta por parte del Concesionario de que dichas obras pasaran a ser voluntarias.

LO ESTABLECIDO EN EL OTROSI 27 DEL 25 DE ABRIL DE 2018.

Dentro de la parte considerativa del otrosí se señala:

“41. Que a la fecha, AVIANCA no restituyó el Hangar 2 y el lote colidante 2, en la fecha establecida en el Otrosí No. 21, es decir el 31 de marzo de 2018, para culminar los Subproyectos del hito 8B “DEMOLICION HANGAR AVIANCA FASE II” y “PLATAFORMA HANGAR AVIANCA FASE II”, el noviembre 30 de 2018 (sic), fecha en la que debe finalizar la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato de Concesión pactada en el Otrosí No. 21.

42. Que dada la “Dificultad Técnica” de poder ejecutar los Subproyectos del hito 8B “DEMOLICION HANGAR AVIANCA FASE II” y “PLATAFORMA HANGAR AVIANCA FASE II” a 30 de noviembre de 2018, OPAIN mediante comunicación No 2018100028491, radicada en la ANI bajo el oficio No. 2018-409-029429-2 del 22 de marzo de 2018 propuso a la ANI excluir de la Etapa de Modernización y Expansión los citados Subproyectos del hito 8B y reprogramar su ejecución acorde con el presente Otrosí y sustituirlo por un Subproyecto denominado

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

“PLATAFORMA EQUIVALENTE EN EL TERMINAL DE CARGA”, el cual hará parte de la Etapa de Modernización y Expansión, con la suscripción de este documento, subproyecto que se desarrollará dentro del área concesionada.

43. Que en aras de contar con más espacios operativos para el beneficio del área de maniobras del aeropuerto, relacionadas con las posiciones de parque de aeronaves, el concesionario, igualmente, en la comunicación mencionada en el considerando anterior propone la ejecución de los Subproyectos “DEMOLICION FASE HANGAR AVIANCA FASE II” y “PLATAFORMA HANGAR AVIANCA FASE II” como obras voluntarias a su entera cuenta y riesgo, acorde con lo previsto en la Cláusula 33 del Contrato de Concesión...”

La presencia de Avianca, a través de los contratos cedidos en su momento constituye un riesgo que asumió desde el inicio de la concesión el concesionario. No encuentra el Tribunal que con la suscripción del otrosí No. 27 ese riesgo a cargo de **OPAIN** haya cesado o variado.

En efecto, señala la cláusula 26 del Contrato:

CLÁUSULA 26.- DISPOSICIÓN DE ÁREAS PARA LAS OBRAS

26.1.- Solicitud de Restitución de los Inmuebles

El Concesionario deberá realizar todas las actividades previstas en los Contratos Cedidos para lograr la restitución de los inmuebles necesarios para la ejecución de las Obras de Modernización y Expansión. En virtud de lo anterior, el Concesionario efectuará las comunicaciones que deban ser realizadas a los contratantes de los Contratos Cedidos, en el plazo y en la forma prevista en los Contratos Cedidos y/o en las normas aplicables, de tal manera que las áreas ocupadas por los inmuebles objeto de los Contratos Cedidos, se encuentren disponibles para el cumplimiento de los plazos previstos en el Cronograma de Obras. Lo anterior, sin perjuicio de la obligación de realizar cualquier otra actividad prevista en los Contratos Cedidos o en la ley aplicable, para obtener la restitución de los inmuebles objeto de los Contratos Cedidos.

En aquellos contratos que sean suscritos por el Concesionario para la Operación o la Explotación Comercial del Área Concesionada, éste deberá incluir las estipulaciones necesarias para que las áreas objeto de tales contratos se encuentren disponibles para la ejecución de las Obras de Modernización y Expansión en los plazos previstos en el Cronograma de Obras. La no inclusión de tales estipulaciones, o la adopción de esquemas contractuales que las haga ineficaces o inaplicables, hará responsable al Concesionario por la demora en la ejecución de las Obras

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

de Modernización y Expansión y por lo tanto, se causarán las multas previstas en el numeral 63.6 de la Cláusula 63, sin perjuicio de las demás sanciones previstas en el presente Contrato de Concesión.

26.2.- Ocupaciones de Hecho

En el evento que el Concesionario haya desplegado todas las actividades previstas en los Contratos Cedidos o en los contratos suscritos por éste para la Operación o Explotación Económica del Área Concesionada, de conformidad con lo señalado en el numeral 26.1. anterior, y las áreas requeridas para la ejecución de las Obras de Modernización y Expansión continuaran estando ocupadas por terceros diferentes del Concesionario, sin título para efectuar tal ocupación y sin que medie dolo o culpa del Concesionario, éste deberá notificar a Aerocivil de tales hechos, por lo menos dos (2) meses antes del inicio del plazo para la ejecución de las Obras de Modernización y Expansión correspondientes, de acuerdo con lo señalado en el Cronograma de Obras.

Aerocivil, en su calidad de autoridad aeronáutica nacional, encargada de garantizar el desarrollo aeroportuario de Colombia, adoptará las medidas que sean pertinentes, a fin de obtener la restitución de los espacios ocupados.

En el caso que los espacios ocupados no hubieren sido restituidos para el inicio del plazo previsto en el Cronograma de Obras para la ejecución de la Obra de Modernización y Expansión correspondiente, dicho plazo será suspendido hasta tanto se obtenga la restitución del área correspondiente, sin que ello genere responsabilidad para el Concesionario o para Aerocivil.”

La serie de comunicaciones que soportan el otrosí No. 27, demuestran que el concesionario fue quien ante la imposibilidad de devolución del Hangar II por parte de Avianca, sugirió que las obras afectadas por tal circunstancia pasaran a ser voluntarias de conformidad con lo señalado en el contrato, y en su lugar se realizaran otras obras como parte de la Etapa de Modernización y Expansión del Aeropuerto. A tales efectos, el Tribunal se permite transcribir la comunicación del 26 de diciembre de 2017, suscrita por la Doctora Diana Bernal en su calidad de Secretaria General de **OPAIN S.A.** y dirigida al Director de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA.**

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI


20171000116021

Bogotá D.C.,

26 DIC 2017

Señores
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Dimitri Zaninovich
Presidente
Calle 26 No 59-51, Torre 4 Piso 2
Bogotá
Colombia-Suramérica

Ref.: **COMUNICACIÓN DE AVIANCA SGR 3000000-CO1310**

Asunto.: **Zona de mantenimiento Aeropuerto Internacional El Dorado Luis Carlos Galán Sarmiento/ Etapa de Modernización y Expansión**

Respetado Doctor Zaninovich:

Por medio de la presente OPAIN S.A ("Opain" o "el Concesionario") se permite poner en conocimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), la comunicación que se adjunta con la presente, en la cual Avianca nos solicita modificación al Contrato de Arrendamiento No OP-DC-CA-610-16, cuyo objeto es la entrega de la tenencia a título de arrendamiento del denominado Hangar 2, ubicado en Terminal Puente Aéreo del Aeropuerto Internacional El Dorado Luis Carlos Galán Sarmiento ("el Aeropuerto").

Tal y como es de su conocimiento, en el marco de la ejecución del Contrato de Concesión No. 6000169OK del 12 de septiembre de 2006 ("Contrato de Concesión") Opain tiene la obligación de cumplir con la ejecución de los hitos que hacen parte de la Etapa de Modernización y Expansión del Aeropuerto El Dorado. Con ocasión de las obras de modernización y ampliación Opain requiere utilizar algunas de las áreas ocupadas actualmente por Avianca.

Desde el inicio de la ejecución del Contrato de Concesión, y en cumplimiento de lo dispuesto en la Cláusula 14¹ del Contrato, Opain revisó alternativas de reubicación parcial

¹ Décima Cuarta: REUBICACIONES. Si de acuerdo con las necesidades de ampliación, remodelación, ejecución de un plan maestro, realización de obras de sismo resistencia o la buena marcha del servicio, EL ARRENDADOR requiere sus instalaciones o propiedades, por ésta cláusula queda facultado para obtener la restitución del área objeto del presente contrato y reubicar transitoriamente al ARRENDATARIO en otro sector a decisión del ARRENDADOR, sin que por ello haya lugar a indemnización alguna. Para el efecto solo bastará comunicación escrita al ARRENDATARIO comunicando tal decisión con una antelación no menor de tres meses. PARAGRAFO ÚNICO: Si EL ARRENDATARIO no acepta las condiciones de la nueva ubicación y las objeciones no pueden ser resueltas mediante arreglo directo entre el ARRENDADOR y EL ARRENDATARIO luego de un periodo de negociación que no podrá exceder de 15 días se dará por terminado el contrato y se restituirán las áreas objeto del contrato sin que por este hecho haya lugar a indemnización alguna por parte del ARRENDADOR.



REGISTRO
SUPERTRANSPORTE

OPAIN S.A.
Calle 26 N° 103 - 09
Tel: +57 (1) 439 7070
Bogotá D.C. - Colombia
www.opain.co

Aeropuerto Internacional El Dorado
Luis Carlos Galán Sarmiento
Call Center +57 (1) 266 2000
Bogotá D.C. - Colombia
www.eldorado.aero



4 Estrellas Mejor Aeropuerto de Suramérica 2015 y 2016

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI



427
000428

o total de los hangares de mantenimiento inmediato de Avianca en el Aeropuerto. Solamente hasta diciembre de 2014 y después de arduas negociaciones y litigios fallidos, Opain logró formalizar un Contrato de Transacción con la empresa Intercontinental de Aviación en Liquidación Obligatoria S.A., mediante el cual OPAIN se obligó a desembolsar la suma de cuatro mil quinientos millones de pesos (\$4.500.000.000) los cuáles tuvo que asumir con recursos propios por no ser parte de sus obligaciones del Contrato de Concesión para asegurar que Intercontinental de Aviación S.A. restituyera el inmueble ubicado en el Aeropuerto antigua zona de aviación, entrada 2 interior 6, hangar 177, restitución que se hizo efectiva en el mes de enero de 2015.

Una vez restituido el hangar 177 y teniendo en cuenta que ésta área más la del predio colindante que se encontraba bajo la tenencia de Avianca, en virtud del Contrato OP-DC-CA-048-08, Opain presentó a Avianca diferentes propuestas de negociación de un contrato de arrendamiento del predio en el que estaban ubicados los dos hangares (177 y 178) y el hangar que sería construido en el mismo, en marco de lo dispuesto en la cláusula 14 del Contrato, sin tener respuesta positiva por parte de Avianca.

Por su parte y ante la compleja situación, la Aeronáutica Civil en su calidad de titular de la infraestructura aeroportuaria del Aeropuerto, mediante Oficio del 30 de marzo de 2015 radicado en la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI bajo el No. 2015-409-018279-2 manifestó a la ANI lo siguiente:

"Teniendo en cuenta que en la actualidad la Unidad se encuentra negociando los términos en los que se procederá con la suscripción de un contrato de arrendamiento con la compañía Avianca Holdings S.A., en predio del Aeropuerto El Dorado, de manera atenta solicito su colaboración a efectos de adelantar los trámites pertinentes referidos con la desafectación del área concesionada a OPAIN de conformidad con los siguientes antecedentes:

(...)

"3) Con ocasión de las obras de modernización y ampliación del Aeropuerto El Dorado y en cumplimiento del Hito 7 del Contrato de Concesión, OPAIN requiere utilizar algunas de las áreas ocupadas actualmente por Avianca Holding S.A. con el hangar de mantenimiento, en ejecución del Contrato de Arrendamiento No. BO-AR-011/04, por lo cual se requiere proveerle a dicha Compañía otro espacio sustitutivo donde pueda reubicar y construir un hangar, el cual debe estar en operación como condición para que Avianca Holdings S.A. pueda operar en el Aeropuerto El Dorado. 4) Para tal fin se considera que es necesario desafectar el inmueble respectivo para que así AEROCTIVIL pueda suscribir directamente el contrato de arrendamiento. La descripción y ubicación del inmueble a desafectar se anexan en documento adjunto".



VIGILADO
SUPERTRANSPORTE

OPAIN S.A.
Calle 26 N° 103 - 09
Tel: +57 (1) 439 7070
Bogotá D.C. - Colombia
www.opain.co

Aeropuerto Internacional El Dorado
Luis Carlos Galán Sarmiento
Call Center +57 (1) 266 2000
Bogotá D.C. - Colombia
www.eldorado.aero



TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI



20171000116021



428
000429

Con el único fin de viabilizar la ejecución de los Subproyectos "DEMOLICIÓN HANGAR AVIANCA FASE I", "REFORZAMIENTO ESTRUCTURAL COMPLEMENTARIO Y SISTEMAS TPA, DEMOLICIÓN HANGAR AVIANCA FASE II, PLATAFORMA HANGAR AVIANCA FASE I y PLATAFORMA HANGAR AVIANCA FASE II" de los Hitos 7, 7B y 8 de la Etapa de Modernización y Expansión se suscribió el Otrosí No. 11 del 5 de junio de 2015 al Contrato de Concesión mediante el cual se desafectaron del contrato las áreas correspondientes a los hangares 177 y 178 de tal forma que la Aerocivil procediera a celebrar un contrato de arrendamiento directamente con Avianca, para asegurar que se dispone de las áreas necesarias que requiere Avianca para su traslado. Es de destacar que al desafectar el área concesionada Opain renunció a percibir el porcentaje de arrendamiento que le corresponde por el arrendamiento de las áreas a Avianca, suma que se estima en \$67.500.000 mensuales.

Así mismo mediante el Otrosí 12 del 5 de junio de 2012 al Contrato de Concesión Opain y la ANI incorporaron el Acuerdo de Conciliación suscrito el nueve (9) de marzo de 2015 y aprobado el 22 de abril de 2015 por el Tribunal de Arbitramento de OPAIN S.A. Vs ANI, mediante el cual se amplió la Etapa de Modernización y Expansión hasta el 31 de enero de 2017-

Teniendo en cuenta que para la fecha de suscripción del Otrosí No 21 al Contrato de Concesión del 2 de septiembre de 2016, se anticipó que el Subproyecto del Hito 8 denominado DEMOLICIÓN HANGAR FASE II Y PLATAFORMA HANGAR AVIANCA FASE II ("el Subproyecto") no se podría culminar el 31 de enero de 2017, se acordó reprogramar la fecha de terminación subproyecto para el 30 de noviembre de 2018, siempre y cuando Avianca restituya el Hangar 2 a Opain el 31 de marzo de 2018.

Como parte de la negociación de alternativas de reubicación de las zonas ocupadas por Avianca, y con el fin de poder dar cumplimiento por parte de Opain a la culminación de las obras de Modernización y Expansión del Aeropuerto, se suscribió el 8 de agosto de 2016 el Acta de Acuerdo Operacional entre Opain y Avianca, en donde se acordó que Opain entregaría a Avianca (i) 31.000m2 en la Zona G (contigua al occidente al área de corrida de motores) para sustituir las zonas de mantenimiento aledañas a los Hangares 1y 2 del Terminal Puente Aéreo, y (ii) 20.000 m2 aproximados, en la Zona G (contigua al oriente del área de corrida de motores) adicionales a las anteriores para plataforma.

Posteriormente mediante Comunicación No 2017-309-017696-1, radicada en Opain el 12 de junio de 2017, con el No 20171100332732, la ANI dio traslado a Opain de la comunicación de Avianca, en la cual indicaron que:



OPAIN S.A.
Calle 26 N° 103 - 09
Tel: +57 (1) 439 7070
Bogotá D.C. - Colombia
www.opain.co

Aeropuerto Internacional El Dorado
Luis Carlos Galán Sarmiento
Call Center +57 (1) 285 2000
Bogotá D.C. - Colombia
www.eldorado.aero



4 Estrellas Mejor Aeropuerto de Suramérica 2015 y 2016

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI



000430

"Avianca ha venido adelantando varios estudios con respecto a la ubicación estratégica de la infraestructura de apoyo a sus actividades y, en particular, de las áreas destinadas al mantenimiento de nuestras aeronaves ...

... Es claro, por ende, que existe un lote de terreno ubicado en la zona Golfo que, en opinión de los expertos, es más adecuado y coherente con el desarrollo futuro del aeropuerto.

En ese orden de ideas, queremos proponerle al Gobierno Nacional, a través de Ustedes, que se analice la posibilidad de que Avianca construya su Hangar de Mantenimiento en Línea en la zona antes referida, manteniendo así la armonía con el desarrollo de largo plazo del aeropuerto, lo que a su vez garantiza un crecimiento ordenado de la operación y sinergias operativas (...)"

Que ante lo anterior, el 13 de julio de 2017, Opain se pronunció con respecto de la propuesta de Avianca de construir la infraestructura de apoyo a sus actividades aeronáuticas y en particular de las áreas destinadas al mantenimiento de sus aeronaves en el lote de terreno ubicado en la zona Golfo y no en el área desafectada mediante Otrosí 11, en inmediaciones de la Nueva Zona de Mantenimiento, al occidente del área concesionada, y emitió la respuesta No 20173000054651, radicada en la ANI con el No 2017-409-074020-2, en la cual mencionó lo siguiente:

"Para efectos de proceder con la propuesta de Avianca deben cumplirse las siguientes condiciones procedentes mediante la suscripción de un Otrosí modificatorio del Contrato de Concesión que contenga lo siguiente:

- a. La reincorporación del área desafectada en el Otrosí 11 porque esta área no será destinada para el fin pactado.
- b. La desafectación de 15.000 m2 del lote de la zona Golfo como se muestra en la Figura 1, los cuales serán los correspondientes al área del hangar solicitado por Avianca en esta nueva ubicación, con el fin de mantener esta nueva construcción como una unidad y cuyas coordenadas se describen a continuación:



VIGILADO
SUPERTRANSPORTE

OPAIN S.A.
Calle 26 N° 103 - 09
Tel: +57 (1) 439 7070
Bogotá D.C. - Colombia
www.opain.co

Aeropuerto Internacional El Dorado
Luis Carlos Galán Sarmiento
Call Center +57 (1) 266 2000
Bogotá D.C. - Colombia
www.eldorado.ato



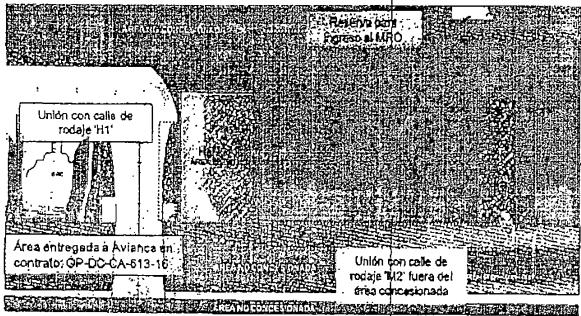
4 Estrellas Mejor Aeropuerto de Suramérica 2014...2015
Mejor St. 2015 y 2016

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

20171000116021



460
000431



E	90498.7168	112829.7863
F	90574.5514	112772.5637
G	90403.5486	112703.6649
H	90479.3812	112646.4423

Las coordenadas indicadas son referenciales y su verificación deberá darse a través de levantamiento topográfico.

c. La modificación de la fecha de entrega a OPAIN del Hangar 2 de Avianca, establecida en el Otrosí 21 al Contrato de Concesión, en el claro entendido que esta reprogramación de la fecha de entrega de Hangar y la construcción del subproyecto demolición Hangar y plataforma Avianca Fase II no es imputable a OPAIN y que en virtud de lo acordado en el mismo Otrosí 21, no genera ningún tipo de multa o sanción para OPAIN."

No obstante el cambio de posición de Avianca y ante las adversidades no imputables a Opain que se han presentado para la restitución de las áreas que éste requiere para concluir las obras , el Concesionario siempre ha estado dispuesto y ha actuado de forma diligente para obtener la citada restitución de las áreas que ocupa Avianca.

Genera gran preocupación para el Concesionario el mensaje de Avianca en el sentido de que la solicitud de ampliar el plazo del mencionado Contrato hasta el 31 de diciembre de 2020. Esto significa que la condición establecida en la Cláusula segunda del Otrosí 21



REGISTRADO
SUPERINTENDENTE




OPAIN S.A.
Calle 26 N° 103 - 09
Tel: +57 (1) 439 7070
Bogotá D.C. - Colombia
www.opain.co



Aeropuerto Internacional El Dorado
Luis Carlos Galán Sarmiento
Call Center +57 (1) 266 2000
Bogotá D.C. - Colombia
www.eldoradoinaero




4 Estrellas Mejor Aeropuerto de Suramérica 2014 y 2017

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI




<div style="text-align: center;"> 20171000116021</div> <p>obliga a una nueva reprogramación de la obra, y por ende a una nueva fecha de culminación de la Etapa de Modernización y Expansión, con las respectivas consecuencias no solo respecto del reconocimiento del 4% de los ingresos brutos contenida en la Cláusula 24 del Contrato de Concesión, sino también en relación con los contratos de crédito que ha suscrito Opain.</p> <p>Por lo anterior, le solicitamos llevar a cabo una reunión a la mayor brevedad con el fin de poder evaluar alternativas respecto de esta situación. Opain propone excluir de la Etapa de Modernización y Expansión este subproyecto, dejando claro que el mismo se debe ejecutar sin duda alguna, teniendo en cuenta las especificaciones exigidas en el Contrato de Concesión, pero que debido a la negativa de Avianca de restituir el área, no puede pretenderse que Opain continúe asumiendo las consecuencias, que por causas que no le son imputables, resultan de no concluir la Etapa de Modernización y Expansión.</p> <p style="text-align: center;">Cordialmente,</p> <div style="text-align: center;"> DIANA PATRICIA BERNAL Representante Legal OPAIN S.A.</div> <p>Anexos (5 folios)</p> <p>Elaboró: Ivan Mejía - Abogado Secretaría General Revisó: Carlos Duarte-Director Jurídico</p>	<div style="text-align: center;"> 431. 000432</div>
--	--



OPAIN S.A.
Calle 26 N° 103 - 09
Tel: +57 (1) 439 7070
Bogotá D.C. - Colombia
www.opain.co



Aeropuerto Internacional El Dorado
Luis Carlos Galán Sarmiento
Call Center +57 (1) 264 2000
Bogotá D.C. - Colombia
www.eldoradoaero



4 Estrellas Mejor Aeropuerto de Suramérica Mejor SIA 2015 y 2017

Precisamente es ésa una manifestación de la regla de control y mitigación del riesgo a su cargo, según las apreciaciones que sobre la misma materia realizó el Tribunal en el caso de las NOTAMS.

Al respecto, no existió una salvedad o acuerdo en el manejo de este riesgo (el de devolución del Hangar II por parte de Avianca) de forma distinta. En el testimonio rendido por MARÍA ISABEL PATIÑO se señaló frente al análisis de los riesgos jurídicos de la firma de los otrosíes 21 y 27

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

“DR. BARRERA: Gracias señor procurador, doctora María Isabel en el sentido que le pregunta el procurador usted dice que analizaron los riesgos jurídicos de analizar esos otrosíes, dejaron alguna manifestación en el otrosí en el sentido de lo que usted acaba de señalar?”

SRA. PATIÑO: Tal vez en algún, no me acuerdo doctor, de pronto en algún considerando hay algo así como la vocación de la prestación del servicio, la importancia de prestarlo, entre otras porque quiero decir que cuando se hacen esos análisis al interior de la junta en razón a mi actuación en estas negociaciones la reflexión que siempre se hace en esa junta es que este es uno de los aeropuertos más importante, perdonen que seamos tan orgullosos del aeropuerto de Colombia, nosotros no podemos ahorita por una cuestión, nosotros vamos a encontrar unos mecanismos legales para reclamar como nos ha ido muy bien siempre, la verdad tengo que decirles que nos ha ido muy bien, yo creo que de parte y parte ... (Interpelado)...”

La presencia de causas no imputables al concesionario, no hace de suyo que surja una responsabilidad a cargo de la Entidad concedente. Hay que demostrar la presencia de causas imputables a ella, situación ésta que en el caso del Hangar II y Plataforma (causas que determinaron parte del otrosí No. 21 y en su totalidad el otrosí No. 27) no fue demostrada a lo largo del proceso. Encuentra el Tribunal que si bien es cierto, en ambos otrosíes las partes manifestaron que las causas que determinaron la extensión no fueron imputables a ellas, dichas manifestaciones tuvieron consecuencias en el caso del contrato celebrado frente a la posible aplicación de las multas señaladas en la cláusula 63 del mismo.

En desarrollo de lo anterior, el Tribunal negará la pretensión quinta de la demanda.

LA PRETENSIONES SEXTA, SEPTIMA, OCTAVA, NOVENA Y DECIMA

Encuentra el Tribunal que existen dos períodos diferenciados en el desembolso realizado en virtud de la cláusula 24:

- Desde el 1 de febrero de 2017 al 30 de noviembre de 2018, correspondiente a la extensión generada como consecuencia del otrosí No. 21.
- Desde el 1 de diciembre de 2018 hasta el 28 de febrero de 2019, correspondiente a la extensión generada como consecuencia del otrosí No. 27.

LA EXISTENCIA DE CONCAUSAS

En materia de causalidad como presupuesto del daño, ha señalado la doctrina:

“El evento o consecuencia dañosa puede provenir:

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

- a) *De una causa adecuada colocada por el agente*
- b) *de una causa adecuada imputable exclusivamente a la víctima*
- c) *de una causalidad bilateral o concurrente, imputable tanto al agente como a la víctima...*

Por su parte y en el caso de la causalidad bilateral o concurrente ha expresado:

“La causalidad bilateral o concurrente implica multiplicidad de causas que actúan simultáneamente – sin perjuicio de que a veces puedan sucederse en el tiempo – y una de ellas está dada por el concurso del perjudicado. La existencia de “causa concurrente” no implica necesariamente “culpa concurrente”, pues puede ocurrir que actúen como concausa la culpa del agente y el riesgo imputable a la víctima, o viceversa, y, así mismo, los riesgos creados por una y otra parte. La situación apuntada conduce a una disminución de la cuantía del resarcimiento, proporcional a la relevancia de la intervención del perjudicado, debiendo meritarse la entidad de la culpa o del riesgo concurrente. Cuando ambas partes resulten perjudicadas, “concurso de perjudicados”, y la causación e imputabilidad mutuas sean equivalentes, puede llegarse a una compensación de daños...”¹²⁵

Tal como fue señalado en el capítulo anterior, existió una causa común a los otrosíes 21 y 27, que obligó a la extensión de la etapa de modernización y expansión del Aeropuerto, cual fue la definición en las intervenciones a ser realizadas en virtud del Hangar II de Avianca.

Por su parte el otrosí 21 señaló otras causas derivadas principalmente de la necesaria publicación de las NOTAMS por parte de la AEROCIVIL.

Para desatar las pretensiones 6, 7, 8, 9 y 10 que han sido solicitadas, debe el Tribunal analizar si son procedentes consecuencias indemnizatorias y/o compensatorias derivadas de la responsabilidad que según lo señalado en apartes anteriores le corresponde a la Agencia con ocasión de la extensión en el período de la etapa de Modernización y Expansión por motivos de la inejecución adecuada de las NOTAMS por la **AEROCIVIL**.

Al respecto considera el Tribunal que en lo correspondiente al otrosí 21 existen concausas que resultan fundamentales para el análisis de las citadas pretensiones. En efecto, tenemos que si bien es cierto y tal como ha sido analizado por el Tribunal, en el caso de las NOTAMS y otras causas como las intervenciones eléctricas, puede determinarse que existió responsabilidad de la convocada por la presencia de un riesgo de coordinación interinstitucional a su cargo, no así en el caso del Hangar II de

¹²⁵ MOSSET ITURRASPE JORGE. Responsabilidad por Daños. Tomo I. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires. Argentina. Página 230.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Avianca, en la medida que como ha sido establecido ese riesgo, y el cumplimiento de esa obligación estaba a cargo del concesionario.

Teniendo en cuenta que tal como se ha analizado la necesaria entrega del Hangar 2 de Avianca, no puede predicarse como imputable a la Agencia Nacional de Infraestructura, hace que de suyo surgiera la obligación a cargo de OPAIN de proceder al depósito que por 4% se encuentra pactado en la cláusula 24, siendo improcedente establecer una consecuencia indemnizatoria.

Nos encontramos ante un escenario de concausas que determinaron la extensión de la etapa de expansión y modernización, donde la sola presencia de una de ellas determinaba la necesaria aplicación de la cláusula 24, teniendo en cuenta la inviabilidad de la proporcionalidad señalada en el laudo del 11 de julio de 2018¹²⁶.

Por su parte y en lo atinente al otrosí 27 es claro para el Tribunal, tal como ha sido referenciado anteriormente que el período de extensión allí señalado, obedeció a una causa (la devolución del Hangar II por parte de Avianca), riesgo que como fue estudiado en capítulos anteriores, es del concesionario. Teniendo en cuenta lo anterior, tampoco podrá establecerse consecuencias indemnizatorias en ese segundo período.

Aunado a lo anterior y tal como se desarrollará en el análisis que hará el Tribunal para desatar las pretensiones subsidiarias (análisis que es común al de las pretensiones principales), fueron pactadas cláusulas de renuncia a reclamaciones, indemnizaciones y/o compensaciones en los otrosíes fundamento de la controversia, lo que hace impróspera cualquier pretensión indemnizatoria o compensatoria.

La no procedencia de una indemnización a favor de la convocante, hace que la solicitud de compensación solicitada sea desestimada. En efecto no se cumplen en el presente caso los requisitos para su procedencia, según las voces de los artículos 1714 a 1716 del Código Civil:

*“De acuerdo con lo señalado en los artículos 1714 a 1716 del Código Civil, para que opere la figura de la compensación, como modo de extinción de obligaciones, se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: i) Que las partes sean recíprocamente deudoras principales, de dinero o cosas fungibles o intercambiables entre sí, ii) **que las obligaciones sean líquidas o liquidables, esto es, que se encuentre determinado el monto al cual asciende cada una de ellas, o que dicho monto sea determinable mediante una simple operación aritmética**, iii) que las obligaciones que pretenden compensarse sean exigibles, de allí que su nacimiento o cumplimiento no puede*

¹²⁶ Así lo señaló el Tribunal en sus conclusiones: “Luego de haber examinado las posiciones de las Partes con atención y cuidado y de haber deliberado, el Tribunal ha llegado a la conclusión de que no tiene la autoridad para modificar o, si se quiere, moderar la Cláusula 24 del Contrato como lo solicita OPAIN en su Pretensión Tercera y que ésta debe ser por ende denegada...”

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

*encontrarse sometido a plazo o a condición, o que estándolo, ya hubiere ocurrido...*¹²⁷

Finalmente y en cuanto al cumplimiento de la obligación correspondiente al depósito del 4%, está probado en el proceso que ello fue realizado por el concesionario, incluso en desarrollo de los compromisos contractuales establecidos en los otrosíes 21 y 27¹²⁸. Dicho depósito no hace parte de la remuneración del concesionario según lo señalado en la propia cláusula 24 y lo reiterado en laudos anteriores¹²⁹.

CONCLUSIÓN

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal despachará parcialmente favorable la pretensión cuarta en el entendido que en el otrosí 21 se introdujo un riesgo no previsto inicialmente, cual fue el riesgo de coordinación interinstitucional como consecuencia de la subrogación realizada entre la AEROCIVIL y la ANI, que está en cabeza de la convocada.

Frente a las demás pretensiones se denegarán por las razones establecidas en la parte considerativa.

En desarrollo de lo expuesto, se negarán la excepciones *“La suscripción de los otrosíes y documentos modificatorios no implicó cambio de asignación de riesgos contemplada en el contrato de concesión No. 6000169 OK de 2006”* y *“La suscripción de los Otrosíes 21 y 27 no obedeció a una supuesta materialización de riesgos no contemplados en el contrato, sino a circunstancias previsibles en el mismo y en el acuerdo de voluntades.”* y *“La reprogramación de las obras de modernización y expansión no es imputable a la ANI y los retrasos están en cabeza de OPAIN según el esquema de riesgos del Contrato”*

¹²⁷ Consejo de Estado. Sala de lo C. A., Sección Tercera. Sentencia del 7 de marzo de 2011. C.P. Enrique Gil Botero. Rad. No. 11001-03-26-000-2009-00113-00(37695)

¹²⁸ *“PARÁGRAFO: Acorde con lo previsto en el contrato de concesión, OPAÍN continua con su obligación de pago del 4% de los ingresos regulados y no regulados, hasta la culminación de la Etapa de Modernización y expansión”.*

¹²⁹ A manera de ejemplo en el laudo del 11 de julio de 2018 se señaló: *“El Tribunal relieves también que el cuatro por ciento (4%) no hace parte de la remuneración del concesionario, si se presentara cualquier situación imputable a la AEROCIVIL, al concesionario o que fuere constitutiva de fuerza Mayor o Caso fortuito y se produjera el inicio de la Etapa de Extensión. Ello implica que la obligación de depositar o transferir el cuatro por ciento (4%) se da con independencia de cualquier situación aflictiva para el cumplimiento de las obligaciones del Concesionario y también que no se erige en parte de la remuneración del concesionario, es decir, que tiene un carácter de independencia total...”*

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

De igual forma, no encuentra el Tribunal que la convocante haya obrado de forma contraria a los principios de buena fe y actos propios derivados de la misma, teniendo en cuenta que como fue explicado en los antecedentes del presente laudo, la controversia fue planteada según los derechos que le asisten a las partes para acudir a los mecanismos alternativos de solución de conflictos pactados en el Contrato. Por ello se despacharán desfavorablemente las excepciones “Ausencia de Buena fe contractual por parte de la Demandante OPAIN” y “*Venire contra factum proprium non valet* (Prohibición de ir en contra de sus propios actos)”.

Proceden ante la ausencia de perjuicios a ser reconocidos a la convocante las excepciones de “Inexistencia del Aparente Daño y Perjuicios alegados por OPAIN”, “El riesgo económico derivado de los efectos desfavorables de cualquier retraso en la ejecución de las obras de modernización y expansión se encuentra a cargo de OPAIN” y “El 4% no hace parte de la retribución de OPAIN de conformidad con lo pactado en el Contrato y según lo señalado por el juez del contrato.”

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

Son dos las pretensiones subsidiarias que se solicitan en la demanda:

“PRETENSION SUBSIDIARIA A LAS PRETENSIONES CUARTA Y QUINTA PRINCIPAL: Solicito se DECLARE que la extensión de la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato de Concesión 6000169 OK de 12 de septiembre de 2006 pactada en los Otrosíes No. 21 suscrito el 2 de septiembre de 2016 y No. 27 suscrito el 25 de abril de 2018; por el período comprendido entre el 1 de febrero de 2017 hasta el 28 de febrero de 2019, fue necesaria por la materialización de riesgos contemplados en el Contrato de Concesión, que exceden extraordinariamente el alea normal, cuyas causas no son imputables a OPAIN, sino a la ANI, entidad que subrogó a la AEROCIVIL”

“PRETENSION SUBSIDIARIA A LAS PRETENSIONES OCTAVA Y NOVENA PRINCIPALES: Solicito que, en la eventualidad de que el Tribunal de Arbitramento considere que la extensión de la Etapa de Modernización y Expansión desde el 1 de febrero de 2017 al 28 de febrero de 2019, dada mediante la suscripción de los Otrosíes Nos. 21 y 27, fue necesaria por la materialización de riesgos contemplados y/o riesgos No contemplados en el Contrato de Concesión No. 6000169OK de 12 de septiembre de 2006, por causas no imputables de manera exclusiva a la Entidad Pública: (i) DECLARE cuál es el porcentaje de imputabilidad de las causas por la cuales se materializaron los riesgos en cabeza de la entidad pública y (ii) APLIQUE, DETERMINE y RECONOZCA cuál es el valor del daño que resulte del

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

respectivo porcentaje de imputabilidad asignado a la entidad pública, con el que se debe compensar a OPAIN”

La primera pretensión subsidiaria a la cuarta y quinta principal, se fundamenta en la solicitud que la convocante realiza en el sentido que se declare que en aplicación de lo establecido por los otrosíes 21 y 27 el concesionario tuvo que soportar un álea anormal, como consecuencia de la materialización de riesgos contemplados en el contrato y que en su concepto son imputables a la convocada.

Entiende el Tribunal que la referencia al álea anormal, ubica la pretensión en una solicitud derivada de desequilibrio económico y financiero del contrato por motivos que considera son imputables a la convocada.

Al respecto señala MARIENHOFF:

“El equilibrio económico financiero del contrato puede sufrir menoscabo por tres circunstancias fundamentales:

- a) Causas imputables a la Administración en cuanto ésta no cumpla con las obligaciones específicas que el contrato pone a su cargo, sea ello por dejar de hacer lo que le corresponde o introduciendo “modificaciones” al contrato, sean éstas abusivas o no.*
- b) Por causas imputables al “Estado”, inclusive, desde luego, a la Administración Pública, sea ésta o no la misma repartición que intervino en la celebración del contrato. Los efectos de estas causas inciden, o pueden incidir, por vía refleja en el contrato administrativo.*
- c) Por trastornos de la economía general del contrato, debidos a circunstancias externas, no imputables al Estado y que inciden en el contrato por vía refleja.*

En la primera hipótesis se estará en presencia de un supuesto común de responsabilidad contractual del Estado; en la segunda hipótesis aparece el denominado “hecho del príncipe” (‘fait du prince’); en el tercer supuesto surge la llamada “teoría de la imprevisión”.¹³⁰

En lo que respecta a la presencia de un álea anormal, señala el mismo autor:

“El quebranto, trastorno o deterioro, ocasionado por el hecho o acto perturbador debe superar el álea “normal”. Sólo el álea “anormal” puede dar lugar al resarcimiento.

Alea “extraordinaria” o “anormal” es el acontecimiento que frustra o excede de todos los cálculos que las partes pudieron hacer en el momento de formalizar el contrato...¹³¹

¹³⁰ MARIENHOFF, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III A. Editorial Lexis Nexis. Buenos Aires. Página 473 y ss.

¹³¹ MARIENHOFF, Miguel. Op. Cit. Páginas 523 y ss.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Encuentra el Tribunal que dentro del expediente no obra una reclamación formal que el concesionario haya realizado sobre los aspectos atinentes a ésta controversia con anterioridad a la suscripción de los mencionados otrosíes.

Ello fue corroborado en la declaración rendida por ANDREA CASTELLANOS, ante preguntas realizadas por el Tribunal:

“DR. GUZMÁN: Bueno, pues, en efecto sólo tengo una pequeña. Usted... interacciones o las influencias que tenían las decisiones de la Aerocivil de carácter operacional a través de los notams en la ejecución de los programas y los planes de obras contenidos en el otrosí No.21 y, las dificultades que ello representa para la ejecución de dichas obras. Yo lo que quería preguntar es si usted tuvo conocimiento que en la época de ejecución de estas obras o a raíz de las dificultades que se presentaron se hizo alguna estimación de los perjuicios que hubiera podido sufrir OPAIN, se hizo algún reclamo a la Agencia Nacional de Infraestructura con base en el contrato de concesión o se hizo alguna estimación y alguna reclamación en tal sentido si se estimó que ello sería pertinente o viable.

SRA. CASTELLANOS: Doctor José Vicente tal como le estaba mencionando a la doctora Ileana anteriormente, recuerdo que en una... sí mencionamos un valor de impacto stand by por equipos parados, personal que teníamos que tener parados sin poder trabajar, lo que no tengo claro es la cronología del tiempo en qué momento, si fue después el otrosí 21, sí recuerdo porque yo tuve que hacer el cálculo y recuerdo haberlo puesto en la comunicación.

Ahora, que si una reclamación oficial, formal, no tendría conocimiento, recuerdo haber escrito una carta informando en lo que alguna acción de suspensión de notam nos estaba implicando el impacto de stand by, pero no recuerdo que fuera como con un punto formal de reclamación, sino mire lo que nos está pasando y esto está valorado en esto, en algún momento sí, lo que no tengo claro es la cronología exacta en el tiempo si fue a los 3 meses del otrosí 21, eso es lo que no tengo, pero sí recuerdo porque lo tuve que calcular, yo sí lo tuve que calcular por alguna situación que ocurrió, que fuera como una reclamación oficial formal eso es lo que no tengo tan presente.

DR. GUZMÁN: Y, esa carta a la que usted se refiere, usted recuerda a quién se la dirigió y en qué condición, ¿me están escuchando ustedes?

DR. BARRERA: Sí, sí, doctor José Vicente.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

DR. GUZMÁN: Le preguntaba a la doctora Andrea que si recuerda esa carta a la que usted hace referencia, usted recuerda a quién se le dirigió y en qué condiciones de usted porque usted nos dijo que en determinado momento tenía como un doble rol en OPAIN y en el Epecista.

SRA. CASTELLANOS: Esa carta sí fue dirigida a la ANI definitivamente, normalmente nuestras comunicaciones a la ANI iban dirigidas al vicepresidente de gestión contractual, esta carta en mil rol las cartas que quedaban proyectadas siempre las firmaba el representante legal de OPAIN, es decir, yo no, pues por un protocolo de la compañía las cartas no las firma ningún gerente de la compañía, digamos personas que sea de la segunda línea, siempre era el representante legal fuera el gerente o el representante legal suplente que era la secretaria general, entonces recuerdo que iba dirigida a la ANI, claramente sí, no es una carta a la interventoría no, era a la ANI y la firmaba nuestro representante legal. Lo que recuerdo era informando y el stand by y esto va en un costo estimado de tanto, pero no recuerdo que fuera en un tono específico y le estoy reclamando tantos miles de millones no, sino más reportando el impacto que estaba causando.

DR. GUZMÁN: ¿Y usted recuerda si esa carta fue respondida por la ANI?

SRA. CASTELLANOS: No, no recuerdo si la respondió la ANI.

DR. GUZMÁN: Bueno, muchas gracias, no tengo más preguntas señor presidente, gracias doctora Andrea...”

Si bien es cierto, lo anterior constituye elemento determinante para la decisión, el Tribunal considera que en lo atinente al álea anormal, se pueden predicar en este caso los elementos que bien señala Marienhoff. En efecto, nos encontramos ante un riesgo contractualmente establecido, el de la extensión de la etapa de modernización y expansión, que excedió claramente las previsiones originalmente previstas por las partes, y que se ve materializado en el término que fue más que superior en el doble al originalmente pactado, esto es 60 meses.

Sin embargo, tal como ha sido reseñado, ante la suscripción de los otrosíes 21 y 27 no se presentó una reclamación formal por tal motivo, donde obraran las pruebas que pretendiera el concesionario aducir como fundamento para el desequilibrio presentado. En tal sentido no se dan los presupuestos señalados por el Consejo de Estado para su procedencia:

“2.- La necesidad de prueba idónea del vínculo ente la situación fáctica alegada y el desajuste o ruptura grave del equilibrio económico del contrato

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Las circunstancias determinantes de la alteración del equilibrio económico del contrato, como suficientemente se sabe, pueden derivarse de hechos o actos imputables a la Administración o al contratista, como partes del contrato, que configuren un incumplimiento de sus obligaciones, de actos generales del Estado (hecho del príncipe) o de circunstancias imprevistas, posteriores a la celebración del contrato y no imputables a ninguna de las partes.

Sin embargo, debe recordarse que en todos estos eventos que pueden dar lugar a una alteración del equilibrio económico del contrato es indispensable, para que se abra paso el restablecimiento, la prueba del menoscabo y de que este es grave y que además no corresponde a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractuales.

Sobre este particular el Consejo de Estado ha expresado lo siguiente:

“...cualquiera que sea la causa que se invoque, se observa que el hecho mismo por sí solo no equivale a un rompimiento automático del equilibrio económico del contrato estatal, sino que deberá analizarse cada caso particular, para determinar la existencia de la afectación grave de las condiciones económicas del contrato. Bien ha sostenido esta Corporación que no basta con probar que el Estado incumplió el contrato o lo modificó unilateralmente, sino que además, para que resulte admisible el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, debe probar el contratista que representó un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida ab initio, que se sale de toda previsión y una mayor onerosidad de la calculada que no está obligado a soportar, existiendo, como atrás se señaló, siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él o que con su conducta contractual generó la legítima confianza de que fueron asumidos.

A este respecto, se observa que en cierto tipo de contratos, como son los de obra, el denominado factor que se incluye en las propuestas por los contratistas de administración-imprevistos-utilidad-, comúnmente llamado AIU, es determinante para la demostración del desequilibrio económico del contrato. En efecto, en los contratos de obra pública, ha manifestado el Consejo de Estado que “en los contratos en los que en la cláusula relativa a su valor se incluya un porcentaje de imprevistos, le corresponde al contratista, en su propósito de obtener el restablecimiento de la ecuación financiera, demostrar que a pesar de contarse con esa partida esa resultó insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del contrato”.

3.- Oportunidad de las reclamaciones en materia contractual – Salvedades

Pero además de la prueba de tales hechos es preciso, para que prospere una pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del contrato en virtud

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

de cualquiera de las causas que pueden dar lugar a la alteración, que el factor de oportunidad no la haga improcedente.

En efecto, tanto el artículo 16 como el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 prevén que en los casos de alteración del equilibrio económico del contrato las partes pueden convenir lo necesario para restablecerlo, suscribiendo “los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar...”

Luego, si las partes, habida cuenta del acaecimiento de circunstancias que pueden alterar o han alterado ese equilibrio económico, llegan a acuerdos tales como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., al momento de suscribir tales acuerdos en razón de tales circunstancias es que deben presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por incumplimiento del contrato, por su variación o por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes...”¹³²

En lo que respecta a la pretensión subsidiaria a las pretensiones octava y novena principales, se reitera, según lo señalado por el Tribunal en la primera parte, no procede la gradación solicitada, teniendo en cuenta que la presencia de una causa común en los otrosíes 21 y 27, esto es la no devolución del Hangar II de Avianca, obedeció a un riesgo que desde el inicio del contrato estuvo en cabeza del concesionario, y que de acuerdo con lo establecido en la cláusula 24 del contrato, conllevaba la obligación a cargo del concesionario de realizar el desembolso correspondiente al 4% de los ingresos regulados y no regulados. En la medida que no procede indemnización por tal motivo, no puede el Tribunal gradar porcentajes de imputación.

Aunado a lo anterior y analizados los otrosíes que han sido puestos a consideración del Tribunal, obran cláusulas relativas a renunciaciones de indemnizaciones y compensaciones.

En el otrosí 21 se señala en la cláusula Cuarta:

“CLAUSULA CUARTA. Las Partes manifiestan que con ocasión de los acuerdos suscritos en el presente documento, no procederán demandas o reclamaciones incluyendo imposición de multas, mayores costos de interventoría, pólizas, stand by de equipos, en relación con las fechas de reprogramación de ejecución de los Subproyectos objeto del presente Otrosí...”

¹³² Sentencia del 29 de enero de 2018. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio. Expediente 52666.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

Por su parte se establece en el Otrosí No. 27:

“CLAUSULA NOVENA. La suscripción del presente Otrosí no altera el equilibrio económico del Contrato de Concesión y por ello no da lugar al reconocimiento de indemnizaciones y compensaciones a cargo y/o a favor de cualquiera de las Partes...”

Se tratan de unas cláusulas que fueron pactadas para el evento específico de los otrosíes y que no fueron objeto de examen de legalidad por parte del Tribunal según las pretensiones establecidas por la convocante.

Si bien es cierto no ha sido un tema pacífico en el desarrollo jurisprudencial del propio Consejo de Estado a partir de la aplicación de lo señalado por el artículo 24 numeral 5 de la Ley 80 de 1993, se tratan de cláusulas existentes, pactadas, que se establecieron en los otrosíes y que tienen como consecuencia su aplicabilidad en lo pertinente a la presente controversia.

En tal sentido ha señalado el Consejo de Estado:

“13.5.- Si en el acta se deja constancia de la causa de la suspensión y se establece expresamente que ella es imputable a la entidad contratante, no puede entenderse, de ninguna manera, que el contratista haya renunciado tácitamente a su derecho a reclamar perjuicios, por las siguientes razones:

13.5.1.- De un lado, para que el acuerdo sobre la renuncia de derechos tenga validez, este debe provenir de la manifestación expresa de las partes. Presumirlo implicaría desconocer el principio de la autonomía de la voluntad, del cual se deduce que las partes solo se obligan a aquello que quieren y que manifiestan expresamente.

13.5.2.- De otro lado, implicaría dar al silencio del contratista un efecto que la ley no contempla y que el juez no puede presumir. No es razonable presumir que el contratista renuncia a reclamar los posibles perjuicios, cuando suscribe la suspensión de un contrato y no realiza ninguna manifestación al respecto...”¹³³(El subrayado fuera de texto)

En desarrollo de lo anterior no se accederá a las pretensiones subsidiarias formuladas en la demanda.

PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS DEMÁS EXCEPCIONES Y LA EXCEPCIÓN GÉNERICA FORMULADA POR LA CONVOCADA.

¹³³ Sentencia del 5 de mayo de 2020. Consejero Ponente: Martín Bermúdez Muñoz. Expediente 42962.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Los demás medios exceptivos propuestos y respecto de los cuales el Tribunal no se ha pronunciado de manera expresa, al no tener la aptitud de enervar las pretensiones que se acogen parcialmente de la demanda, se entenderán como denegados y así aparecerá en la parte resolutive de esta providencia.

De igual forma, el Tribunal no encuentra demostrados en el proceso hechos configurativos de excepciones no alegadas por la parte Convocada o que hagan parte de la excepción genérica formulada que pudieran impedir la prosperidad de dichas pretensiones.

III. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.

LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCION

En la demanda de reconvención presentada por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** se solicita se declare que el concesionario **OPAIN** ha incumplido las siguientes 3 obligaciones en virtud del Contrato de Concesión No. 6000169Ok del 12 de Septiembre del 2006:

- Indicador No. 10 **VIGILANCIA** de la cláusula 10 del Otrosí No. 7 al Contrato de Concesión, correspondiente al segundo semestre del año 2017.
- Cláusula 63.19 asociada a los hechos ocurridos en el sistema CUTE desde el día 17 de septiembre al 18 de septiembre de 2019.
- Cláusula 63.13, al no atender la orden de la interventoría de reparar dentro de las siguientes 24 horas la falla presentada al sistema CCTV del Nuevo Terminal de Carga.

Como consecuencia de lo anterior, se solicita se declare que se iniciaron al concesionario los procedimientos de imposición de multas, en razón de los incumplimientos contractuales señalados, y se condene al pago de las multas correspondientes.

Procederá entonces el Tribunal, a realizar el análisis frente a la procedencia de las multas que solicita sean objeto de imposición, en el orden ya establecido:

1.EL INDICADOR NUMERO 10 VIGILANCIA DE LA CLAUSULA 10 DEL OTROSI No. 7

LA POSTURA DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

En sus alegaciones, la ANI, fundamentó sus pretensiones en cuanto a la procedencia de esta multa, a partir de los pruebas documentales y testimoniales presentadas y realizadas:

“Nótese que estas manifestaciones son consecuentes con el fundamento de la imposición de multa solicitada por la Interventoría e iniciada por la ANI en contra del Concesionario, y corroboran lo señalado en comunicación 20191000032111 del 29 de abril de 2019, con radicado ANI 2019-409-044407-02 del 29 de abril de 2019, de la que ya hicimos referencia, esto es, que el indicador no se cumplió en el momento en que se hizo la verificación por parte de la Interventoría, y que solo se subsanó meses después estando operativas hasta el día de hoy, por lo que no es aceptable aquella teoría de que bastaban los “puestos de vigilancia” así no estuvieran los equipos de segway requeridos contractualmente, ya que eso es contrariar flagrantemente el Otrosí N.º 7 de 2012, y su anexo y con ello la obligación del Concesionario, con el consecuente riesgo en la operación del servicio en las instalaciones del Aeropuerto objeto de la concesión...”

LA POSTURA DE LA CONVOCANTE

Por su parte la convocante en sus alegatos de conclusión y frente a los argumentos establecidos por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** señaló la improcedencia en la aplicación de la multa y solicitó se denieguen las pretensiones en tal sentido:

“Quedó demostrado con las declaraciones de las abogadas Silvia Fernandez y Sandra González, de la Interventoría Operativa, y del ingeniero Tomás Aragón, Gerente de Operaciones del Aeropuerto; que ellas se encontraban haciendo un empalme con un funcionario de la AEROCIVIL, para asumir la medición de indicadores del Otrosí 7, funcionario que les dijo que no había vuelto a ver los “SEGWAY”. Esto ocurrió el 24 de noviembre de 2017 y ellas decidieron hacer una inspección para comprobar la existencia de esos diez (10) equipos en el área de operación, descubriendo que esos equipos no estaban operando desde el mes de mayo, toda vez que el área de HSEQ de OPAIN había suspendido su uso por los vigilantes, debido a un accidente con uno de ellos en el que había resultado lesionada una pasajera de la tercera edad, suspensión que se hizo para entrenar y capacitar mejor a los vigilantes sobre su operación.

Quedó demostrado que el incidente -o mejor accidente-, ocurrió el 12 de abril de 2017 a las 13:10 horas, cuando la vigilante Diana Marcela Girón¹³⁴, conduciendo un “SEGWAY” “en modo tortuga”, golpeó con la “patineta eléctrica” a una señora de la tercera edad, cuando hizo una maniobra para esquivar otro pasajero, en una sala del muelle internacional, afortunadamente sin consecuencias que lamentar, más allá de perder el vuelo.

¹³⁴ Dice la investigación que concluyó el 29 de noviembre de 2017, que la vigilante se encontraba en buen estado de salud, que en 4 oportunidades había recibido entrenamiento

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Se supo, también, que de inmediato (el 13 de abril de 2017) se suspendió el uso de los “SEGWAY” para actualizar los manuales de conducción, capacitar los vigilantes en su operación e incorporar “sirenas” para ayudar a los usuarios del aeropuerto a identificar ese tipo de vehículos.

Al expediente llegó el informe de novedades que rindió la vigilante el mismo día de los hechos, relatando la intervención de “sanidad aeroportuaria”.

El 10 de diciembre de 2017 regresaron todos los “SEGWAYS” al servicio de la movilidad de los vigilantes del aeropuerto.

Por último, se supo que -desde el accidente del 12 de abril de 2017- no han vuelto a presentarse incidentes con los SEGWAYS en el aeropuerto y que, durante el tiempo en el que se suspendió su uso, la obligación de seguridad del aeropuerto se ha cumplido, con el apoyo de la Policía Nacional, 1.400 cámaras de vigilancia y aproximadamente 1.400 vigilantes.

Las abogadas de la interventoría, entonces, de una parte, interpretaron que el no uso de los “SEGWAY” por los vigilantes implicaba que OPAIN no estuviese cumpliendo con los “puestos de vigilancia” y aplicaron el descuento contractual en los pagos que se hacen a OPAIN como consecuencia del incumplimiento del indicador, pero, también, el 16 de abril de 2019, casi diez y siete (17) meses después, interpretando el contrato, consideraron procedente imponer una multa a OPAIN por \$55.833.319, al no cumplir el indicador.

Lo que hicieron incorrectamente las abogadas de la interventoría operativa fue lo siguiente:

1.- *El OTROSI No. 7 del 8 de mayo de 2012, acuerdo décimo, regula la verificación del cumplimiento del OPEX, y en el parágrafo dice que, conforme lo pactado en el Anexo 3, el indicador de cumplimiento de la “Vigilancia” debe ser mayor a uno el “Número de puestos cubiertos” sobre el “Número de Puestos convenidos”.*

En el numerador ni en el denominador de la operación para obtener el índice se menciona los “SEGWAY”, en virtud de lo cual su cantidad no tendría que utilizarse para determinar el resultado.

Ahora bien, en el Anexo 3 del Otrosí se relacionan 10 Segway (2 adicionales), pero esos son patinetas eléctricas llamadas por su marca y no “puestos cubiertos” ni “puestos convenidos”.

2.- *En segundo término, los SEGWAY habían sido adquiridos y estuvieron operando, hasta el día en que, por un accidente que aconsejó su inmediata suspensión para adoptar medidas de protección y seguridad a los usuarios del aeropuerto, sin afectar en absolutamente nada la seguridad del aeropuerto, se dejaron de operar, provisionalmente.*

Es decir, la inversión de OPAIN en la operación del aeropuerto (OPEX), había sido efectuada en un 100%, inclusive en un 20% adicional.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

3.- Finalmente, las abogadas de la interventoría no consideraron el día que iniciaron el procedimiento sancionatorio de multa, que desde catorce (14) meses atrás estaban operando los SEGWAYS; que en el año 2017 al menos 4 de los 12 meses habían operado los equipos; que fueron razones de protección de la salud e integridad personal de usuarios y vigilantes la suspensión temporal de la operación, y gracias a ello no volvió a ocurrir ni un solo incidente; que en ningún momento se afectó la seguridad del aeropuerto; que ya habían aplicado una consecuencia económica adversa al concesionario dado el descuento al sus pagos por supuestamente no cumplir el indicador, etc.

Desafortunadamente, esgrimiendo una aplicación objetiva y limitada del contrato a los hechos, la ANI compartió la posición de la interventoría operativa, toda vez que, en su opinión, la ausencia de los SEGWAYS se traducía en que el indicador del OTROSI No. 7, acuerdo décimo, literal g, era de 92.13%, inferior a la meta de 100%, de manera que procedía la multa del párrafo segundo del Otrosí 7.

Pasó por alto la ANI revisar toda la cláusula 63 del Contrato de Concesión, que le atribuye a las multas contractuales la calidad o condición de “apremio”.

LO SEÑALADO POR EL SEÑOR AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO

En el concepto emitido, el Señor Agente del Ministerio Público consideró improcedente la multa, a partir de las siguientes consideraciones:

“Para el caso de los segways, de acuerdo con las pruebas allegadas, el aparente incumplimiento por la falta de disponibilidad de tales equipos, en los términos del otrosí 7 al CONTRATO DE CONCESIÓN, se inició en mayo de 2017 y fue detectado en noviembre de ese mismo año. Según la información que reposa en el expediente, los segways estuvieron nuevamente disponibles en diciembre de 2017.

Por su parte, en procedimiento para la imposición de la multa inició mediante comunicación del 16 de abril de 2019 que le remitiera la interventoría del CONTRATO al CONCESIONARIO.

En las anteriores condiciones, tal como se señaló previamente, el CONCESIONARIO nunca fue constituido en mora del cumplimiento de su obligación, específicamente porque para noviembre de 2017, fecha en la que se reporta el incumplimiento, no se le otorgó un término para ajustarse al contenido contractual dispuesto, luego de lo cual sería procedente considerarlo en mora, en los términos del numeral 1 del artículo 1608 del Código Civil, esto es, cuando la obligación no se ha cumplido dentro del término estipulado. La otra alternativa, diferente a otorgarle un plazo para el cumplimiento de la obligación, supone, en los términos del numeral 3 del artículo 1608 realizar un requerimiento judicial. Ninguna de estas eventualidades se encuentra demostrada y, en tales términos, la multa sería improcedente...”¹³⁵

¹³⁵ Página 88

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

2. SISTEMA CUTE

LA POSTURA DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

La Agencia fundamenta la procedencia de las pretensiones y por ende, la aplicación de la multa en lo siguiente:

“Lo ocurrido redundó en grave perjuicio para la operatividad del aeropuerto Internacional “El Dorado” puesto que no permitió el funcionamiento de los mostradores de registro para los usuarios, todos los mostradores, no solo algunos como quiso hacerlo creer el Concesionario, lo cual generó graves inconvenientes en el desarrollo normal de dichos procesos, tanto a pasajeros como a las aerolíneas.

Respecto de este proceso de multa, la ANI, en cumplimiento de lo previsto en el numeral 63.20.1¹³⁶ de la Cláusula 63 del Contrato de Concesión, solicitó aclaración a OPAIN, quien, como se evidencia en el oficio 20191000074661, radicado ANI No. 2019-409-108923-2 del 18 de octubre de 2019, pidió ampliación del plazo para supuestamente acopiar la información requerida, teniendo en cuenta que el plazo con el que contaban era muy corto, es de recordar que es un sistema necesario 24X7, 365 días al año, situación está, que también demuestra la concreción del incumplimiento, ya que de no haberse presentado el incumplimiento, la respuesta del Concesionario habría sido expedita, inmediata, pues las reglas de la experiencia dan fe que un contratista privado, organizado, nunca solicitaría plazo adicional para entregar una documentación o la información necesaria y procedente que acredite el cumplimiento de su obligación contractual y, cuyo incumplimiento de la obligación, en todo caso fue evidente, rechaza la imposición de una multa, que hoy se hace procedente con lo probado en este asunto.

Sin perjuicio de lo anterior, la ANI otorgó y extendió el término de respuesta, y luego de pronunciarse sobre la imposición de la multa, la Interventoría Operativa indicó que se ratificaba en la imposición de multa, lo que quiere decir que se analizó y con ello, se ratificó la responsabilidad de OPAIN, y así fue corroborado en este proceso, configurando la procedencia de las pretensiones formuladas por la ANI en la demanda de reconvencción...”

136

63.20.1 Inicio del procedimiento por parte del Interventor

Quando el Interventor verifique que existe un incumplimiento contractual que puede llegar a ser generador de multas en los términos señalados en esta cláusula, informará al Concesionario por escrito sobre la existencia del hecho generador de la multa, las pruebas que acrediten su existencia, y las razones por las cuales el hecho señalado implica una vulneración a las estipulaciones del Contrato de Concesión. Copia de esta comunicación, será remitida por el Interventor a Aerocivil.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

LA POSTURA DE LA CONVOCANTE

OPAIN S.A, solicita la improcedencia en la aplicación de la multa basado en los siguientes aspectos:

“Quedó demostrado con las declaraciones de las abogadas Silvia Fernandez y Sandra González, de la Interventoría Operativa, y del ingeniero de sistemas Fabián Ramos, Gerente de Tecnología de OPAIN, que el día 17 de septiembre de 2019, siendo las 6:09 de la tarde se presentó una falla en el sistema “CUTE”, la cual fue solucionada por OPAIN y el proveedor del sistema a las 2:16 de la mañana del día siguiente (18 de septiembre de 2019).

En opinión de las abogadas que hacen la interventoría operativa, esa inadmisibles falla generó congestiones y demoras en el aeropuerto que, si bien no les constó directamente -lo podían suponer a partir de la información conocida por su grupo de WhatsApp- no ha debido suceder y ese hecho, dado el numeral 7.1.2 del apéndice F, hace procedente la multa, solicitada el 19 de septiembre de 2019.

El numeral 7.1.2 del apéndice F establece:

7.1.2.- (...) El Sistema de Uso Común de Terminal no podrá estar fuera de servicio por más de 30 horas al mes o en más de dos (2) ocasiones al mes. En caso de no cumplir con alguna de estas obligaciones, se causarán las multas señaladas en la Sección 8.2 del presente Apéndice.(...) (En seguida se dice que, para cuando no se trata de una falla general, al menos el 90% de las terminales deben estar en condiciones de funcionamiento en todo momento)

A su turno, el Gerente de Tecnología Fabián Ramos, ilustró al tribunal sobre el sistema CUTE y su función de ayudar a las aerolíneas para hacer el check in (registro) de los pasajeros (entrega del pase de abordar y recepción de equipaje), tanto en los cauneters como en los “quioscos” (equipos de auto “check in”); así como para ingresar a los pasajeros a los aviones en las salas de abordar.

Nos pudimos enterar que ese sistema había sido suministrado por la empresa extranjera SITA, representada en Colombia por otra de nombre COLLINS, y que era un sistema nuevo y moderno que se usa en varios importantes y grandes aeropuertos del mundo, que solo el 15 de agosto de 2019 había terminado de migrar, es decir un mes antes, encontrándose el sistema en lo que el ingeniero llamó “afinamiento”, actividad que es normal y toma un promedio de tres meses.

Así mismo, el tribunal de arbitramento quedó enterado de que lo ocurrido consistió en un “bloqueo de las terminales de los cauneters” sucedido a las 6:09 pm del 17 de septiembre de 2019, pero los 40 “quioscos” siguieron funcionando y que, de inmediato, mediante comunicaciones con ingenieros en Tulsa, representantes de Collins, ingenieros de OPAIN, además de la colaboración de los “Duty managers” de Opain, de varias aerolíneas (Avianca y Latam, por ejemplo), inclusive de un par de funcionarios de la interventoría, que luego felicitan personalmente a los ingenieros de OPAIN, se inició y desarrolló la solución de la falla del sistema, como la solución para el check in y abordaje de pasajeros. Solo 40 minutos más tarde estaban funcionando el 90% de las

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

terminales de check in y a las 2 de la mañana todo estaba operando correctamente.

Me pregunto: ¿qué incumplió OPAIN?

OPAIN se preocupó de modernizar un sistema que ya tenía más de 10 años y no puede -es imposible hacerlo- garantizar que no se presenten fallas. Puede, eso sí, hacer el mejor y más grande esfuerzo para que toda falla quede prontamente solucionada, además de tomar precauciones y medidas preventivas de garantía y mantenimiento. Eso fue lo que hizo, hasta el punto de que, a los 40 minutos, el 90% de las terminales de los cauntes estaban funcionando y a las ocho (8) horas todo el sistema operaba normalmente.

En ocho (8) horas OPAIN solucionó la falla y la interventoría tardó cuarenta (40) horas para iniciar el procedimiento de multa por incumplimiento, invocando como fundamento la cláusula 63.19 del contrato de concesión “Multa por incumplimiento de otras obligaciones”, en la cual cree que caía la multa del Apéndice F, dispuesta para cuando el sistema está fuera de servicio más de 30 horas.

La multa no procede porque ni fue de apremio ni el sistema estuvo fuera de servicio más de 30 horas...”

LO SEÑALADO POR EL SEÑOR AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO

En lo que respecta a la procedencia de la multa, señaló el Señor Agente del Ministerio Público:

“¿Las fallas en el sistema “cute” supusieron un incumplimiento de las obligaciones a cargo del CONCESIONARIO por cuya virtud sea procedente la imposición de las multas pactadas en el contrato?

En este caso se demostró que el 17 de septiembre de 2019 a las 6:09 pm, se presentó una falla en el sistema Arinc, el cual fue solucionado a las 2:16 am del 18 de septiembre de 2019.

En comunicación del 18 de septiembre de 2019 la interventoría dio inicio al proceso de multa mediante comunicación remitida al CONCESIONARIO.

No obstante lo anterior, para efectos de la mora requerida para que resulte procedente la imposición de la multa, no se evidencia requerimiento ni plazo mínimo al contratista para ajustar sus actividades a los pactos contractuales, por lo que, como se indicó anteriormente, parece improcedente la imposición de la multa. Tampoco se acredita requerimiento judicial...”¹³⁷

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

3. SISTEMA CCTV DEL NUEVO TERMINAL DE CARGA

LA POSTURA DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

En su escrito de alegaciones fundamentó la procedencia en la aplicación de la multa, en las siguientes consideraciones, previo el análisis probatorio correspondiente:

“...Como ha sido habitual en estas multas iniciadas por la ANI a OPAIN, por recomendación de la Interventoría, la defensa de OPAIN es que los sistemas son caducos y había que cambiarlos, y que al cambiarlos el problema es del Proveedor del equipo y no del concesionario OPAIN, lo cual es absolutamente reprochable e inaceptable ya que eso va en contra de la Operación del Aeropuerto El Dorado y con ello, la prestación del servicio público de transporte aéreo, que involucra únicamente al contratista concesionario del Estado, no al Proveedor de ese Contratista, por lo que deberá cumplir a lo que se obligó contractualmente...”

LA POSTURA DE LA CONVOCANTE

El Apoderado de **OPAIN S.A.**, solicitó al Tribunal se denieguen las pretensiones relacionadas con la aplicación de la multa, según los siguientes argumentos:

“Quedó demostrado con las declaraciones de las abogadas Silvia Fernandez y Sandra González, de la Interventoría Operativa, y del ingeniero de sistemas Fabián Ramos, Gerente de Tecnología de OPAIN, que la Terminal de Carga del aeropuerto debe contar -y cuenta- con un sistema denominado “CCTV” a través del cual se monitorea en 16 pantallas lo que dejan ver 213 cámaras, imágenes que son grabadas y conservadas por 30 días.

Se dijo por las abogadas de la interventoría, que supervisores de la interventoría les habían dicho que habían ido el 17 de octubre de 2019 a revisar el sistema y les dijeron, también, que se encontraron con el hecho de que solo 24 cámaras estaban funcionando, pero que OPAIN les dijo -a los supervisores no a las abogadas- que estaban solucionando las fallas. Se dijo por las abogadas que los supervisores les habían dicho que habían hecho seguimiento los tres (3) días siguientes, persistiendo las fallas porque las soluciones implementadas por Opain no estaban resultando.

Por lo anterior, el 22 de octubre la interventoría remite un email urgente a OPAIN, para que repare el daño y como ni el 23 ni el 24 de octubre estuvo arreglado, el 28 de octubre se inició el procedimiento de multa.

El Ingeniero Fabian Ramos manifestó que el 4 de octubre de 2019 el sistema CCTV había empezado a tener fallas de imagen e intermitencias en las grabaciones, que OPAIN había empezado, también, a corregir, pero que luego de que se corregían unas fallas surgían otras, y en ocasiones las que habían sido reparadas volvían a fallar. Como al 25 de octubre de 2019 el fabricante y

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

el proveedor del sistema no habían encontrado el origen de las fallas, ni por lo mismo dado solución, OPAIN decidió cambiar todo el sistema y, entre el 27 y el 29 de octubre, instalaron las cámaras, las pantallas y el servidor o centro de control de un sistema nuevo.

Ahora bien, la documentación evidencia todas las diligentes acciones que adoptó Opain luego del 4 de octubre de 2019, cuando observó la primera falla, hasta el 29 de octubre de 2019, cuando entró en funcionamiento una nueva plataforma, con nuevas y mejores cámaras, cuya correcta operación fue verificada por la interventoría.

El procedimiento sancionatorio contractual lo inició la interventoría el 28 de octubre de 2019, mediante comunicación No. IO-548-OP-19, por el supuesto incumplimiento de la obligación establecida en el Apéndice "H", capítulo 4 "CONTROL DE ACCESO", numeral 4.3. "Sistemas CCW", por no "Reparar dentro de las siguientes 24 horas después de haberse presentado cualquier daño o deficiencia en los sistemas de CCTV".

El 13 de noviembre de 2019 OPAIN objetó la procedencia de la multa, porque entre el 27 y el 28 de octubre había adquirido e implementado todo un sistema nuevo, que había entrado en operación y funcionamiento el 29 de octubre de 2019, como lo había verificado la interventoría.

Teniendo las multas una finalidad de apremio, ya el procedimiento de imposición no era procedente..."

LO SEÑALADO POR EL SEÑOR AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO

En su concepto el Señor Agente del Ministerio Público, considera improcedente la aplicación de la multa por las siguientes razones:

"... ¿Las fallas en el CCTV que se evidenciaron en el terminal de carga del Aeropuerto Internacional El Dorado, supuso un incumplimiento del Contrato de Concesión pasible de las multas pactadas contractualmente?

En comunicación del 25 de octubre de 2019 la interventoría del CONTRATO dio inició al procedimiento de imposición de multa. Indicó que el 17 de octubre de 2019 se había evidenciado un daño en el sistema Endura con la mayoría de las cámaras fuera de servicio. Se indicó que el aparente daño en el sistema se había iniciado el 4 de octubre de 2019.

No se evidencia de las pruebas un requerimiento formal que comporte el otorgamiento de un plazo al CONCESIONARIO o para que, dentro de las 24 horas siguientes, como dispone el CONTRATO cese el incumplimiento.

En estas condiciones no se acredita la constitución en mora del CONCESIONARIO en los términos del artículo 1608 del Código Civil, por lo cual la multa resulta

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

improcedente, por lo menos, en los términos en que fue notificada a OPAIN y requerida al H. Tribunal... ¹³⁸

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para efectos del análisis que realizará el Tribunal en desarrollo de los procedimientos de multas iniciados por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, considera indispensable traer a colación la serie de laudos emitidos anteriormente, donde se han abordado temáticas similares en desarrollo de la facultad o no de la Entidad para imponer las multas pactadas.

4.1. Lo señalado en el laudo de fecha 27 de febrero de 2019. La inaplicabilidad del artículo 86 de la ley 1474 de 2011 al Contrato de Concesión. Aplicación de lo reglado contractualmente.

En virtud del laudo de fecha 27 de febrero de 2019 ¹³⁹, se estableció que el procedimiento para la aplicación de multas es el señalado por las partes en la cláusula 63 del Contrato y no el establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. En efecto, se lee en esa decisión:

“...b) El desarrollo del tema en la justicia arbitral.

El Contrato de Concesión 6000169OK de 2006 ha sido objeto de importantes decisiones en sede arbitral, en las que se ha hecho referencia al tema de las multas, al concepto emitido el 10 de octubre de 2013 por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y a la interpretación del párrafo transitorio del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

En efecto, en el laudo emitido el 24 de agosto de 2015 se establecieron con meridiana claridad las siguientes consideraciones, que se transcriben in extenso por su importancia:

“... La cláusula de multas pactada en el contrato de concesión.

“El debate que fue planteado ante el Tribunal se centra principalmente en la interpretación que ambas partes han realizado de la aplicación de la cláusula 63 del contrato de concesión, que el Tribunal transcribe parcialmente, sin perjuicio de las consideraciones que es necesario efectuar en materia de tipicidad, atendiendo a que en varios de los asuntos que deben resolverse, la AEROCIVIL invoca de manera precisa

¹³⁸ Página 89.

¹³⁹ Centro de Arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo proferido por los Árbitros Arturo Solarte, quien presidió, Sergio Muñoz Laverde y William Barrera.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

cuál de los subnumerales ha considerado para la aplicación de la sanción.

“Señala la mencionada cláusula:

“... CLAUSULA 63. MULTAS

*“Si durante la ejecución del **Contrato** se generaran incumplimientos del **Concesionario**, se causarán las multas que se listan a continuación, por las causales expresamente señaladas en esta cláusula y de acuerdo con el procedimiento aquí previsto.*

*“Las multas a las que se refiere la presente cláusula son apremios al **Concesionario** para el cumplimiento de sus obligaciones y, por lo tanto no tienen el carácter de estimación anticipada de perjuicios, de manera que pueden acumularse con cualquier forma de indemnización, en los términos previstos en el artículo 1600 del Código Civil.*

*“El pago o la deducción de dichas multas no exonerará al **Concesionario** de su obligación de terminar o ejecutar las **Obras de Modernización y Expansión**, de efectuar adecuadamente la **Operación y Explotación Comercial del Área Concesionada**, de realizar las labores de **Mantenimiento**, ni de las demás responsabilidades y obligaciones que emanen de este **Contrato...**”.*

“Para resolver las pretensiones sobre la materia el Tribunal ha considerado lo siguiente:

“(...) Antecedentes del pacto de la cláusula de multas (Declaración del estructurador del contrato.)

“De la serie de pruebas testimoniales realizadas, destaca para efectos del presente punto el Tribunal, aquel rendido por el doctor ALVARO DURÁN, en su calidad de estructurador del proceso.

“Ante la pregunta realizada por el apoderado de la ANI, señaló:

“... DR. PIQUERO: Un último tema, en este proceso también está en discusión una serie de multas que aplicó la Aerocivil creo que todas ellas a iniciativa de los distintos interventores, el contrato tiene una regulación muy peculiar en su cláusula 63 sobre las multas ¿Qué recuerda, Álvaro, de por qué se estableció el procedimiento que allí se estableció?

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

“DR. DURÁN: Si, mire, el tema de multas de nuevo a riesgo de que soy abogado no puedo evitarlo, pero el tema de multas en contratos estatales ha tenido y tuvo muchísimas variaciones jurisprudenciales, de opinión jurisprudencial. Cuando empezamos a hacer el contrato estaba el statu quo, el estado del arte de la jurisprudencia era que las multas se podían aplicar como una cláusulas exorbitantes por la capacidad de la administración para dirigir los procesos contractuales, eso fue un par de sentencias de Ricardo Hoyos como ponente si estoy bien, eso iba en contra de la posición del Consejo de Estado hasta antes de esas sentencias que decía que a partir de la ley 80 las multas no eran cláusulas exorbitantes sino que eran estipulaciones que conforme a la autonomía de la voluntad podían ser incorporadas en los contratos.

“Así que nosotros creo que las primeras versiones siguiendo la jurisprudencia imperante permitíamos, creo que las multas fueran impuestas por la administración a través de acto administrativo, pero después vino otro cambio de la jurisprudencia, volvió a la posición anterior y dijo que las multas solamente podían ser impuestas por el juez del contrato y esa fue la posición que tuvimos cuando el contrato se cerró, esa era la posición que teníamos.

“Naturalmente nosotros lo que hicimos aquí fue establecer las causales de multas porque en eso sí era pacífica la jurisprudencia de que era una estipulación conforme a la autonomía de la voluntad con la naturaleza a una cláusula penal, establecimos las causales de multas, establecimos las condiciones en que la multa se entendía causada y establecimos la forma en que las partes podían evolucionar hacia el reconocimiento mutuo de que la multa efectivamente había tenido lugar o hacia el reconocimiento de que había un conflicto que no estaba de acuerdo el que los hechos causantes de multa hubieran sucedido y llevar a los mecanismos de solución de controversias previstos en el contrato.

“Incluso al principio lo teníamos para el amigable componedor, alguna opinión de la Procuraduría hizo que cambiáramos eso y quitáramos al amigable componedor como posible conocedor y el tema de las multas para que pasara al tribunal de arbitramento. Yo he leído porque esa es mi actividad, he leído laudos arbitrales anteriores y he encontrado que ese fue un procedimiento que no tenía nada de procedimiento, era simplemente que una parte le decía a la otra creo que se ha causado una multa porque creo que ha incumplido, y el otro le contestaba no, no he incumplido por estas razones, y el otro le insistía y entonces terminaban de ponerse de acuerdo iban al tribunal de arbitramento.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

“Entiendo que con base en eso hay laudos que he leído en donde se han producido multas aplicando, reconociendo que eso pasó entiendo también que hay un concepto de la sala de consulta en donde nos dice que es ineficaz un procedimiento que lo único que tiene es de palabra procedimiento porque era simplemente un cruce de comunicaciones entre las partes para ver si aceptaban o no de mutuo acuerdo que se había causado la multa y se evitaban el pleito y entiendo también que ese concepto dice que a ese contrato se le aplica la ley 1150, me llamó la atención que el concepto no subraya la parte del artículo de la 1150 que dice lo contrario y que por lo tanto a este contrato es una nueva manera de aplicar las multas, pero lo que hicimos en su momento fue una aplicación estricta de la jurisprudencia como estaba, hicimos adendos (sic) para irnos acomodando a los cambios jurisprudenciales y lo que quedó en el contrato fue la última jurisprudencia que había antes de que la licitación se cerrara y repito, era una cosa muy sencilla; causales definidas si se han presentado los hechos oportunidad de que las partes digan si sí o si no, inicio de esa actividad por parte de la interventoría o por parte de la Aerocivil, si está de acuerdo el concesionario en cobro de multas pacíficas sin problema, si no está de acuerdo posibilidad de cualquiera de las dos partes de acudir al tribunal de arbitramento para que el tribunal sea el que decida si se ha causado las multas o no...”

“De lo señalado por el estructurador, pueden establecerse los siguientes parámetros que guiaron la redacción de la cláusula sobre multas:

“a. Se fundamentaron en la sentencia del 20 de octubre de 2005 ya comentada, en la cual el Consejo de Estado, señaló que no existía competencia por parte de las Entidades dentro de un contrato estatal, para imponer multas mediante acto administrativo, sino que ella le correspondía de acuerdo con las reglas propias del derecho privado al juez del contrato.

“b. No concibieron la multa como ejercicio de una facultad exorbitante a cargo del Estado.

“c. Se estableció el concepto de multa “causada”

“d. Se señaló un procedimiento, que tenía como finalidad específica la aceptación o no de las partes de la multa causada, para su conocimiento o no por parte de un Tribunal de Arbitraje.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

“(…) La aplicación de las disposiciones sobre multas contenidas en la Ley 1150 de 2007.

“Con la vigencia de la Ley 1150 de 2007, reformativa de la Ley 80 de 1993, se incluyó en su artículo 17, una regulación específica en el tema de multas y cláusula penal pecuniaria.

“En efecto, señala el artículo:

*“... **Artículo 17.** Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*

“En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

*“**Parágrafo.** La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.*

*“**Parágrafo transitorio.** Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas...”*

“Parte del debate que suscitó su incorporación, fue precisamente la naturaleza y finalidad de la cláusula sobre multas.

“(…) Lo expresado por la Sala de Consulta y Servicio y Civil.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

“La Sala de Consulta y Servicio Civil frente a la solicitud formulada por la Ministra de Transporte, en relación con el contrato de concesión suscrito por la AEROCIVIL con OPAÍN S.A. emitió un concepto el 10 de octubre de 2013, donde se establecen las siguientes:

“...G. Conclusiones

“De las consideraciones expuestas a lo largo de este concepto se extraen las siguientes conclusiones:

“El pacto de multas como una medida coercitiva contractual, debe distinguirse de la imposición unilateral de las mismas por parte de la entidad estatal contratante. Ello es así, porque la imposición unilateral es una prerrogativa exorbitante de la Administración en ejercicio de una competencia administrativa que debe estar prevista expresamente en la ley, toda vez que se concreta en una manifestación unilateral de la Administración que produce efectos jurídicos (acto administrativo);

“El artículo 17 de la ley 1150 de 2007, confirma y ratifica la validez de los pactos de multas en los contratos estatales celebrados antes de su vigencia y establece un procedimiento para su imposición unilateral por la entidad estatal contratante, es decir, la entidad puede imponer por sí y ante sí la multa, sin necesidad de acudir al juez del contrato;

“El artículo 17 de la ley 1150 de 2007 tiene efectos inmediatos y retrospectivos. Significa lo anterior que si en un contrato estatal celebrado antes de la vigencia de esa ley se estipularon multas por incumplimiento del contratista y a favor de la Administración, ese pacto es plenamente válido; igualmente, las multas así pactadas podrán ser impuestas y hacerse efectivas unilateralmente por la entidad estatal contratante;

“La competencia para la imposición unilateral de multas es una potestad pública que está sometida al principio de legalidad y el procedimiento para decretar dicha imposición tiene reserva de ley, por lo que de la autonomía de la voluntad está sustraída la faculta de regular tales situaciones.

“La cláusula 63.20.2 del contrato de concesión 6000169 OK de 2006 en la que se pacta un procedimiento para la imposición de las multas es ineficaz de pleno derecho por transgredir los literales b) y d) del numeral 5 del artículo 24 de la ley 80 de 1993. Por lo tanto no produce efectos jurídicos, y

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

“El procedimiento para la imposición unilateral de multas en un contrato estatal se encuentra actualmente establecido en las leyes 1150 de 2007, artículo 17, y 1474 de 2011, artículo 86...”

“(...) Lo expresado por el apoderado de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA.

“En sus alegatos de conclusión, la Agencia Nacional de Infraestructura, se aparta del concepto antes relacionado, y considera que en el presente caso no procede aplicar lo señalado por el parágrafo transitorio del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

“En tal sentido, el Tribunal se permite citar en lo pertinente al apoderado de la Agencia Nacional de Infraestructura, quien en el momento de la exposición de los alegatos de conclusión señaló:

“... Es pues claro que la Ley 1150 vino a cerrar el debate jurisprudencial que se abrió luego de la entonces novedosa Ley 80 —que sujetó el contrato estatal al derecho privado— y estableció, con toda claridad, la facultad o competencia de las entidades estatales de imponerles multas a sus contratistas y de declarar el incumplimiento de obligaciones suyas de manera unilateral y mediante la expedición de actos administrativos, regla luego reiterada y precisada, en cuanto al procedimiento, en el artículo 86 de la Ley 1474.

“Empero, por decisión expresa del legislador, la regla general de este artículo no resulta aplicable a los “contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley”, a menos que “por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas” (subrayado por el Tribunal).

“Y ocurre que, en el caso del Contrato de Concesión 6000169 OK, las partes, si bien pactaron multas para eventos de incumplimiento, jamás pactaron, ni por asomo, que la Aerocivil tuviera la competencia o la facultad de imponerlas de manera unilateral, mediante la expedición de un acto administrativo, y de hacerlas efectivas de manera forzada.

“Por el contrario, establecieron un procedimiento que, otorgándole sí al concesionario todas las oportunidades para controvertir los planteamientos del interventor o de la Aerocivil, según el caso, le permitiera a la Aerocivil establecer de manera preliminar —como

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

contratista y no como autoridad pública— si una determinada multa se ha causado y, por ende, hay lugar a aplicarla, dejando siempre la decisión final sobre la procedencia o no de las multas en manos del juez del contrato (párrafos finales de las cláusulas 63.20.1 y 63.20.2).

“En consecuencia, es totalmente claro que el Contrato de Concesión 6000169 OK no es de aquellos en los que la entidad estatal, por virtud de lo previsto en el artículo 17 de la Ley 1150, quedó investida de la facultad o competencia de imponerle al concesionario multas o de declarar el incumplimiento de sus obligaciones de manera unilateral y mediante la expedición de actos administrativos....”

“(...) Lo dispuesto sobre multas en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

“Para el Tribunal resulta claro que en el presente caso no nos encontramos ante la hipótesis prevista en el parágrafo transitorio del artículo 17, en la medida en que en efecto en la cláusula 63 del contrato, no se incorporó de forma alguna la facultad para la parte contratante de imponer multas, sino que, siguiendo los antecedentes del contrato atrás referenciado, se consideró la postura jurisprudencial según la cual sería el juez del contrato quien entrara a evaluar la procedencia o no de las mismas.

“Difiere en tal sentido el Tribunal de lo señalado por la Sala de Servicio y Consulta Civil, en cuanto a que el procedimiento allí pactado es ineficaz. Por el contrario, considera que si bien es cierto existen normas imperativas, actualmente de reserva legal para el adelantamiento de los procedimientos sancionatorios incorporados en la Ley 1474 de 2011, el contrato en mención fue de aquellos no contemplados por el parágrafo transitorio del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007...”¹⁴⁰

En igual sentido se afirmó en el laudo proferido el 4 de octubre de 2012:

“En relación con este artículo observa el Tribunal que el mismo consagra la facultad para las entidades estatales sujetas a la ley 80 de 1993 para imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones previendo al efecto que esta decisión debe estar precedida de audiencia del afectado ‘y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista’. Por consiguiente a la luz de este artículo es claro que

¹⁴⁰ Laudo Arbitral de 24 de agosto de 2015 proferido en el trámite arbitral convocado por OPAIN contra AEROCIVIL (hoy ANI). Árbitros: Martha Cediél de Peña, quien lo presidió, William Barrera Muñoz y Alejandro Venegas Franco.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

cuando el mismo es aplicable, la entidad no podrá imponer las multas, cuando quiera que no se hallen pendientes de ejecución las obligaciones a cargo del contratista.

“Ahora bien, dicha norma contempla en su párrafo transitorio que las facultades previstas en dicho artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o la cláusula penal pecuniaria pactadas en contratos celebrados con anterioridad a la ley 1150 ‘en los que se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas’. Por consiguiente, para que se aplique esta norma es necesario que el contrato contemple la posibilidad para la entidad pública de imponer una multa y hacerla efectiva.

“En efecto, el Consejo de Estado en sentencia del 7 de octubre de 2009 (Radicado: 250002326000199603076-01 18.496), al referirse al contenido del artículo 17 de la ley 1150 de 2007 expresó:

“(vi) Se otorga efectos retrospectivos a la norma en relación con las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de la ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.

“El efecto retrospectivo implica, en criterio de la Sala, que: “... Si se celebró un contrato antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, que contiene en su clausulado multas, y expresamente hace referencia a la posibilidad de que éstas puedan ser impuestas unilateralmente por parte de la entidad estatal contratante al contratista, éstas se podrán decretar de esta manera, por habilitación retrospectiva, siempre que su imposición se haga con posterioridad a la vigencia de la ley...” (se subraya)

“Igualmente en providencia del 21 de febrero de 2011 (radicación: 25000232600020100019501) el Consejo de Estado expresó:

“Como se observa, en principio, este contrato cumple con los presupuestos contemplados en el párrafo transitorio del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 para que el mismo fuera aplicado: i) se celebró con anterioridad a la expedición de la Ley 1150 de 2007; ii) se pactaron cláusulas de multas y cláusula penal pecuniaria; iii) se previó la competencia de la entidad para imponerlas y hacerlas efectivas; respecto de la cláusula penal pecuniaria se estipuló que se haría efectiva en caso

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

de declaratoria de caducidad o de incumplimiento y que se descontaría de los valores que el contratista tuviera a su favor.” (se subraya)

“Como ya se expuso, en el presente caso no se contempló que la entidad estatal imponga la multa, sino que ella se causa en virtud del Contrato.

“Desde esta perspectiva es claro que no habiéndose consagrado en el Contrato de Concesión objeto del presente proceso la posibilidad de imponer las sanciones a las que se ha hecho referencia, no es aplicable el párrafo transitorio. Por consiguiente, no procede aplicar el artículo 17 de la ley 1150...”¹⁴¹.

c) Conclusiones.

De lo expuesto anteriormente, esto es, atendiendo la evolución legal, jurisprudencial y arbitral sobre la imposición de multas en los contratos estatales, puede concluirse lo siguiente:

- i. Las multas según lo establecido por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 no son cláusulas excepcionales al derecho común, en la medida que requieren pacto contractual expreso para su procedencia y no se encuentran relacionadas entre aquellas facultades previstas por el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.*
- ii. Tienen un carácter conminatorio.*
- iii. Con anterioridad a la vigencia de la Ley 1150 de 2007, y bajo la aplicación de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales carecían de competencia para emitir actos administrativos e imponer las multas pactadas. La mencionada competencia correspondía al juez del contrato.*
- iv. A partir de lo señalado por el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, las entidades estatales contratantes han encontrado habilitación para imponer mediante acto administrativo motivado las multas que hayan sido pactadas.*
- v. La aplicación del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 para contratos celebrados con anterioridad a su vigencia, queda sometida a lo señalado por el párrafo transitorio del mismo artículo.*

¹⁴¹ Laudo Arbitral de 4 de octubre de 2012 proferido en el trámite arbitral convocado por AEROCIVIL contra OPAIN. Árbitros: Juan Pablo Cardenas Mejía, quien presidió, Fernando Sarmiento Cifuentes y Guillermo Fernández de Soto.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

- vi. *La cláusula 63 del Contrato de Concesión No. 6000169OK, suscrito el 12 de septiembre de 2006 entre la Concesionaria OPAIN S.A. y la AERONAUTICA CIVIL, se pactó atendiendo lo señalado en su momento por la Ley 80 de 1993 y la sentencia emitida por el Consejo de Estado el 20 de octubre de 2005 ya relacionada.*
- vii. *En desarrollo de lo anterior no se aplica al mencionado contrato lo establecido por el parágrafo transitorio del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en la medida que no fue voluntad de las partes que la entidad contratante tuviera competencia para imponer las multas unilateralmente y hacerlas efectivas.*

Sobre el efecto que la vigencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 tiene respecto de la cláusula de multas incorporada en el Contrato de Concesión No. 6000169OK, el Tribunal manifestará su conclusión luego del estudio que se acometerá en el siguiente apartado..”

En cuanto a la aplicación del artículo 86 de la ley 1474 de 2011 al Contrato de Concesión se señaló en el mismo laudo:

“Para este Tribunal, al calificarse el primer inciso del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 como una norma sustancial en cuanto consagra una facultad a las entidades estatales, la excluye de la previsión contenida en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 y de la excepción contenida en el ordinal 1º del artículo 38 de esa misma Ley¹⁴². Para el Tribunal, en consecuencia, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 no puede ser aplicado al Contrato de Concesión 6000169OK de 2006 para desconocer de esa manera el contenido de su cláusula 63.20. Tal cláusula fue válidamente pactada en un contrato al que se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, las que, como se ha dicho insistentemente, no preveían la facultad unilateral de imposición de multas. La conclusión contraria supondría la aplicación retroactiva de la ley, que no se compadece con los principios constitucionales y legales.

Esta misma conclusión encuentra sustento en la jurisprudencia del Consejo de Estado que ha manifestado lo siguiente:

*“En definitiva, la regla general enseña que **a los contratos** en lo relativo a sus elementos de existencia, validez **y sus efectos** (derechos y obligaciones), **se les aplica la ley existente al momento de su nacimiento o celebración**, lo cual implica que, en principio, **la ley nueva***

¹⁴² No sobra agregar que la excepción de que da cuenta el ordinal 2º del art. 38 de la ley 153 de 1887, tampoco tiene cabida en este evento, comoquiera que tal precepto se refiere a disposiciones legales impositivas de penas, evento por completo ajeno a la controversia.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

no puede entrar a suprimirlos o modificarlos, so pena de una ilegítima retroactividad”¹⁴³ (subrayado fuera del texto).

*“En conclusión, la Sala ha sostenido que según lo previsto por el artículo 78 de la Ley 80 de 1993 concordante con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, **se debe aplicar la ley vigente al momento de la celebración del contrato estatal**, dándose aplicación de esta manera al principio de irretroactividad, (...) En conclusión, **la ley aplicable al contrato es y será siempre, aquella vigente para el momento de su celebración**, (...) y debe quedar claro que es ésta y no otra, es decir, no se aplica la ley que estuviera vigente en el momento en que se realizó el proceso de selección, el trámite de adjudicación o la ejecución del contrato”¹⁴⁴ (subrayado fuera del texto).*

Pero hay más. Aún bajo la interpretación -que no podría compartir el Tribunal- según la cual el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 no tiene naturaleza sustancial sino meramente procesal, carecería la Convocada de norma sustantiva que la habilitara para proceder unilateralmente y llegar mediante acto administrativo a la decisión de imponer o no multas, puesto que, como es bien sabido, la Ley 1150 de 2007 dispuso nítidamente en el parágrafo transitorio de su artículo 17 que las facultades para la imposición unilateral de multas se circunscriben, respecto de contratos celebrados con anterioridad a la expedición de la misma, a aquellos “en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas”, cosa que no ocurrió en el Contrato 6000169OK de 2006.

En fin, reitera el Tribunal que el primer inciso del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en el cual la Convocada basa su defensa contra las pretensiones primera a sexta de la demanda reformada, ostenta naturaleza de norma sustancial en la medida en que confiere a las entidades estatales la facultad de imponer unilateralmente multas, lo que la excluye de la previsión del artículo 40 de la Ley 153 de 1887 y del ordinal 1º del artículo 38 ibídem, de tal manera que en materia de multas se entienden incorporadas al Contrato 6000169OK de 2006, las normas vigentes al tiempo de su celebración¹⁴⁵.

En adición a lo anterior debe este Tribunal apartarse también muy respetuosamente de la consideración contenida en el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio

¹⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 1998-01122 de agosto 22 de 2013. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 2004-00558/36407 de mayo 28 de 2015. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁴⁵ Frente a la referencia que hace la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** en su escrito de alegatos de conclusión de la sentencia de 24 de julio de 2010, Magistrado Ponente Enrique Gil Botero, encuentra el Tribunal que la misma obedece a una hipótesis distinta de la que ha sido puesta bajo su conocimiento, en la medida que se trata de la imposibilidad para las entidades públicas en desarrollo de lo establecido en su momento por el artículo 87 del Decreto 2474 de 2008, reglamentario de la Ley 1150 de 2007, de señalar en sus manuales de contratación procedimientos en materia sancionatoria debido a que son temas de reserva legal.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Civil del Consejo de Estado del 10 de octubre de 2013, en la que parece crear una diferencia inexistente entre los regímenes de transición de las leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011. Para la Sala de Consulta, el régimen de transición de la Ley 1474 de 2011, contenido en su artículo 96¹⁴⁶ “solo contempló lo relativo a los procesos de selección y el régimen de inhabilidades y guardó silencio en relación con los contratos, lo cual significa que respecto de estos se aplican las normas generales de tránsito de legislación explicadas en los puntos precedentes”, planteando una contraposición que en realidad no se presenta con el régimen de transición previsto en el artículo 31 de la Ley 1150 de 2007¹⁴⁷, en el cual sí se hizo referencia a los contratos.

Aunque efectivamente el régimen de transición de la Ley 1474 no menciona explícitamente los efectos en los contratos o convenios, lo cierto es que no era necesaria una referencia tal y como la que hace el régimen de la Ley 1150, en la medida en que esta última lo que plantea no es nada diferente al régimen general de la aplicación en el tiempo de las normas sustanciales. Es decir, que los contratos “continuarán rigiéndose por las normas vigentes al momento de su celebración hasta su liquidación”; precepto que sigue con exactitud lo establecido por el artículo 38 de la Ley 153 de 1887: “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”.

Adicionalmente, considera pertinente destacar el Tribunal que la regulación realizada y aceptada por las partes en esta materia tuvo basamento de forma exclusiva en el derecho privado¹⁴⁸. En efecto, y tal como ha sido señalado en esta decisión, no nos

¹⁴⁶ Ley 1474 de 2011: “ARTÍCULO 96. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. Los procesos de contratación estatal en curso, a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes al momento de su iniciación”.

¹⁴⁷ Ley 1150 de 2007: “ARTÍCULO 31. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. Los procesos de contratación en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes al momento de su iniciación. Los contratos o convenios a que se refiere el artículo 20 de la presente ley que se encuentren en ejecución al momento de su entrada en vigencia, continuarán rigiéndose por las normas vigentes al momento de su celebración hasta su liquidación, sin que sea posible adicionarlos ni prorrogarlos”.

¹⁴⁸ Al respecto en el caso de entidades estatales cuyos contratos por su régimen especial se encuentran regidos en forma exclusiva por el derecho privado ha señalado el Consejo de Estado:

“De conformidad con la cita jurisprudencial antes transcrita, resulta claro que en aquellos contratos gobernados por el derecho privado - como el que ahora se examina - las entidades públicas no tienen potestad para expedir actos administrativos mediante los cuales se impusieran multas al contratista, no sólo por el plano de igualdad de las partes en los contratos regidos por el derecho privado, sino porque, además, no existe disposición legal alguna en la normativa privada que les asigne tal facultad. Al respecto es importante resaltar que la potestad de imponer unilateralmente multas deviene directamente de la Ley y no del pacto o convención contractual, razón por la cual al no estar expresamente dicha facultad asignada por la Ley, no resulta posible para la entidad pública imponer multas al contratista. Así mismo, es necesario señalar que la actividad en materia contractual desplegada por la Administración se encuentra supeditada al principio de legalidad en cuanto que sus decisiones deben encontrarse sometidas a las atribuciones y competencias determinadas expresamente por la Ley. Ello significa que cuando las entidades del Estado se relacionan con los particulares, mediante el vínculo contractual, el ejercicio de facultades requiere de definición legal previa y expresa, en tanto que es la propia Ley la que establece límites a la autonomía de la voluntad, por tanto, aunque en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, en las cláusulas contractuales se haya pactado la imposición de multas y aunque se hubiere estipulado su efectividad de manera unilateral, mediante la expedición de un acto administrativo, ninguna de las partes podrá ejercer dicha potestad, en tanto la ley no las haya facultado para ello y, se reitera, las competencias, como es sabido provienen de la ley y no del pacto contractual. En ese sentido, si bien es cierto que en el clausulado del contrato No. 3445/94 las partes

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

encontramos ante una imposición que obedezca al ejercicio de una potestad pública. Por el contrario fue voluntad de las partes, autorizadas por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, quienes determinaron que la potestad de imposición de las sanciones sería del juez del contrato, mas no de la entidad pública contratante.

En desarrollo de lo anterior, encuentra el Tribunal que el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado homologa en sus efectos la emisión de un acto administrativo al ejercicio de una facultad derivada de la exorbitancia contractual, situación ésta que como ha sido suficientemente explicado quedó expresamente excluida del contrato de concesión por autorización de la Ley de contratación pública, válidamente reflejada en la voluntad de las partes.

En efecto, considera el Tribunal que las cláusulas excepcionales al derecho común, que incorporan en parte lo que el derecho francés denominó como exorbitancia¹⁴⁹, obedecen a potestades expresamente señaladas en la ley¹⁵⁰. La presencia de un acto administrativo no hace que la cláusula devenga de suyo en excepcional o exorbitante, lo cual, según las reglas establecidas en el derecho contractual público, es un tema de reserva legal. En ese orden de ideas, el acto administrativo constituye hoy en día la forma de imposición unilateral de la multa del contrato, sin que por tal motivo la cláusula de multas en un contrato estatal adquiera una connotación de exorbitancia.

El pacto realizado respecto de las multas por OPAIN y la Aerocivil en el año 2006 no tuvo variación alguna con la expedición del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, por cuanto según lo previsto por esta norma en su párrafo transitorio, sólo procede su aplicación retroactiva para contratos celebrados con anterioridad a su promulgación, en el evento en que por voluntad de las partes se hubiese otorgado la facultad de imponer multas unilateralmente.

contratantes convinieron en la posibilidad de que la entidad pública le impusiera unilateralmente multas al contratista, no lo es menos que en este caso ETB no estaba facultada por la Ley para imponer multas unilateralmente. Así las cosas, se concluye que ETB carecía de competencia funcional para imponer unilateralmente multas al contratista, por cuanto las normas de derecho privado no consagran dicha potestad y, en consecuencia, los actos que ahora se demandan se encuentran afectados de nulidad por vicio de incompetencia....De conformidad con la jurisprudencia que viene de verse, es claro entonces que la cláusula décima octava del contrato No. 3445/94 se encuentra viciada de nulidad por objeto ilícito por contravenir normas de orden público, en tanto que por tratarse de un contrato sujeto a normas del derecho privado, no resultaba posible pactar la imposición unilateral de multas por parte de la Administración, dado que dicha estipulación es a todas luces contraria al mandato constitucional según el cual la autoridad pública no puede hacer sino aquello que la Ley le autorice, norma que delimita el campo de acción de la Administración frente a los administrados y que goza de la naturaleza de orden público...." Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón.

¹⁴⁹ Al respecto señala SAILLANT: "En un contexto de derecho público, la exorbitancia es entonces una derogación, la sustracción a la regla común, al régimen jurídico normalmente aplicable. Pero hay que destacar que los jueces administrativos normalmente no utilizan éste término que para calificar las cláusulas de ciertos contratos. Las cláusulas exorbitantes son aquellas que se sustraen a la aplicación de la regla común, normalmente aplicable. Por qué este empleo restringido a unas cláusulas de los contratos? Puede ser porque justamente, en derecho público, lo que es común es sistemáticamente el derecho privado, entendido como el derecho de las relaciones privadas. Solamente estas cláusulas de contratos son quizás susceptibles de ser realmente calificadas como derogatorias...". SAILLANT, ELODIE. L'exorbitance en droit public. Editorial Dalloz. París, Francia. 2011. Página 33.

¹⁵⁰ Previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y que no fueron modificadas por la Ley 1150 de 2007.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

No puede entonces devenir como consecuencia del cambio normativo realizado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 una ineficacia ipso iure de la cláusula 63.20, en la medida en que, como se ha señalado, ella determina los pasos para una habilitación al juez del contrato (en el evento en que las partes del contrato tuvieran una controversia acerca de la causación de la multa pactada), que está plenamente respaldada en la normatividad de la época de celebración del acuerdo y en la postura jurisprudencial que guio la estructuración del contrato¹⁵¹.

Por el contrario y dado que la ineficacia de pleno derecho cuenta con ordenación específica en materia de contratación pública en el artículo 24 numeral 5 de la Ley 80 de 1993¹⁵², encuentra el Tribunal que las reglas que guiaron el proceso de contratación¹⁵³ y que podrían determinar dicha consecuencia, obedecieron al principio

¹⁵¹ Tal como consta en el laudo arbitral de 24 de agosto de 2015, ya referenciado y transcrito a páginas 85 y siguientes donde obra la declaración del testigo ALVARO DURÁN, estructurador del contrato.

¹⁵² Establece el numeral 5:

“5o. En los pliegos de condiciones o (términos de referencia):

a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.

b) <Literal CONDICIONALMENTE exequible> <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o ~~concurso~~.

c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.

d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.

e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

(Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007) Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos ~~o términos de referencia~~ y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados..”

¹⁵³ Así quedó claro en la serie de modificaciones que al pliego de condiciones se realizaron mediante la Adenda No. 3 al proceso de licitación Pública No. 5000091 OL de 2005, en donde, según lo señalado por el propio estructurador del contrato, se modificaron los pliegos para excluir la imposición unilateral de multas por parte de la AEROCIVIL y señalar la competencia del juez en caso de controversia en cuanto a su causación. En tal sentido obra a Folio 467 del Cuaderno Principal un CD con los documentos precontractuales incluyendo la Adenda No. 3, donde expresamente en las páginas 39 y siguientes se encuentran las modificaciones introducidas a las condiciones del contrato en el capítulo de Multas así:

“43. EL INCISO PRIMERO DE LA CLÁUSULA 63 DE LA MINUTA DEL CONTRATO – MULTAS (PAGINA 194), QUEDARÁ ASÍ:

*Si durante la ejecución del **Contrato** se generaran incumplimientos del **Concesionario**, ~~Aerocivil podrá imponer se~~ causarán las multas que se listan a continuación, por las causales expresamente señaladas en esta cláusula y de acuerdo con el procedimiento aquí previsto...”*

En lo atinente a la cláusula 63.20, las modificaciones introducidas en la citada Adenda No. 3, obran en las páginas 45 y siguientes así:

“61. EL INCISO PRIMERO DEL NUMERAL 63.19 DE LA CLÁUSULA 63 DE LA MINUTA DEL CONTRATO – MULTAS (PÁGINA 201), QUEDARÁ ASÍ:

Si el Concesionario incumpliere alguna de las obligaciones contenidas en el Contrato de Concesión, que no se encuentra incluida en las demás multas a que hace referencia la presente cláusula, ~~se~~ causará ~~Aerocivil podrá imponer~~ una multa diaria de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV). Estas multas se causarán hasta cuando el Concesionario demuestre que ha corregido el incumplimiento respectivo a satisfacción del Interventor.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

62. EL INCISO SEGUNDO DEL NUMERAL 63.20.1 DE LA CLÁUSULA 63 DE LA MINUTA DEL CONTRATO – MULTAS (PÁGINA 201), QUEDARÁ ASÍ:

Si dentro de los diez (10) Días Hábiles siguientes al día en que se le haya informado al Concesionario lo previsto en el párrafo anterior, no hubiere objeción por escrito, dirigida a Aerocivil y al Interventor, se entenderá tal silencio como una ~~señal de~~ aceptación por parte del Concesionario en cuanto a la existencia del incumplimiento y, por lo tanto, Aerocivil podrá ordenar a la Fiduciaria el traslado del valor de la multa de la Subcuenta Principal a la Subcuenta de Excedentes de Aerocivil. ~~En tal caso, Aerocivil podrá imponer la multa correspondiente mediante acto administrativo, sujeto a los recursos y acciones de ley.~~

63. EL INCISO CUARTO DEL NUMERAL 63.20.1 DE LA CLÁUSULA 63 DE LA MINUTA DEL CONTRATO – MULTAS (PÁGINA 202), QUEDARÁ ASÍ:

Dentro de los diez (10) Días siguientes al recibo de las comunicaciones arriba señaladas, Aerocivil indicará por escrito al Concesionario si considera que se ha causado o no la imposición de una multa. Aerocivil basará su decisión en (i) la comunicación inicial del Interventor al Concesionario y (ii) la comunicación del Concesionario a Aerocivil. Si Aerocivil considera necesario, podrá solicitar tanto al Concesionario como al Interventor, las aclaraciones o la información adicional que considere pertinente ~~para efectos de tomar una decisión~~. Esta comunicación, en cuanto a las consideraciones de Aerocivil sobre la procedencia o improcedencia de la multa, no será considerada para efecto alguno como un acto administrativo.

64. EL INCISO QUINTO DEL NUMERAL 63.20.1 DE LA CLÁUSULA 63 DE LA MINUTA DEL CONTRATO – MULTAS (PÁGINA 202), QUEDARÁ ASÍ:

Una vez comunicadas al Concesionario las consideraciones de Aerocivil sobre la ~~causación procedencia o improcedencia~~ de la multa, éste podrá manifestar, dentro de los diez (10) Días siguientes a la recepción de la comunicación, su desacuerdo con el contenido de la misma, ~~que consistirá en la iniciación del procedimiento de Amigable Composición establecido en la CLÁUSULA 55 de este Contrato. Si dentro del plazo aquí estipulado, el Concesionario no cita al Amigable Componentor, se entenderá que está de acuerdo con las consideraciones de la Aerocivil sobre la procedencia o improcedencia de la multa. En tal caso, las partes estarán en libertad de acudir a los métodos de solución de controversias previstos en el Contrato para dirimir la controversia relacionada con la causación de la multa.~~

65. ELIMÍNESE EL INCISO SEXTO DEL NUMERAL 63.20.1 DE LA CLÁUSULA 63 DE LA MINUTA DEL CONTRATO – MULTAS (PÁGINA 202):

~~El Amigable Componentor dirimirá la controversia, mediante la aplicación del procedimiento pactado en la CLÁUSULA 65 del Contrato. Si el Amigable Componentor, decide que el hecho generador de la multa en efecto ocurrió, Aerocivil impondrá la multa mediante acto administrativo, sujeto a los recursos y acciones de ley. Independientemente de la decisión del Amigable Componentor, Aerocivil se reserva el derecho de imponer, o no, la multa mediante acto administrativo también sometido a los recursos y acciones de ley.~~

66. EL INCISO SEGUNDO DEL NUMERAL 63.20.2 DE LA CLÁUSULA 63 DE LA MINUTA DEL CONTRATO – MULTAS (PÁGINA 203), QUEDARÁ ASÍ:

Si dentro de los diez (10) Días Hábiles siguientes al día en que se le haya informado al Concesionario lo previsto en el párrafo anterior, no hubiere objeción por escrito, dirigida al Aerocivil, por parte del Concesionario, se entenderá tal silencio como una ~~señal de~~ aceptación por parte del Concesionario en cuanto a la existencia del incumplimiento. En tal caso, Aerocivil podrá ordenar a la Fiduciaria el traslado del valor de la multa de la Subcuenta Principal a la Subcuenta de Excedentes de Aerocivil ~~imponer la multa correspondiente mediante acto administrativo motivado, sujeto a los recursos y acciones de ley~~. Durante este mismo lapso, el Interventor presentará al Concesionario y a Aerocivil su concepto sobre la procedencia o la improcedencia de la multa.

67. EL INCISO CUARTO DEL NUMERAL 63.20.2 DE LA CLÁUSULA 63 DE LA MINUTA DEL CONTRATO – MULTAS (PÁGINA 203), QUEDARÁ ASÍ:

Dentro de los diez (10) Días siguientes al recibo de las comunicaciones arriba señaladas Aerocivil indicará por escrito al Concesionario si considera ~~procedente o no~~ la imposición ~~de~~ que se ha causado, o no, una multa. Aerocivil basará su decisión en la comunicación del Concesionario a Aerocivil y en la opinión del Interventor, la cual deberá ser enviada por éste dentro del plazo de diez (10) Días arriba señalado. Si Aerocivil considera necesario, podrá solicitar tanto al Concesionario como al Interventor las aclaraciones o la información adicional que considere pertinente ~~para efectos de tomar una decisión~~. Esta comunicación, en cuanto a las consideraciones de Aerocivil sobre la

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

de legalidad en cuanto al tratamiento de las multas, lo que excluye cualquier referencia a una obligación por parte del juez que decide la controversia de reconocer la mencionada ineficacia y ordenar, por tanto, la falta de aplicación de un clausulado válida y legamente acordado por las partes del Contrato¹⁵⁴.

Corrobora lo anterior que los literales b) y d) del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, citados en el concepto, obedecen a materias diferentes a las que son el centro de la presente controversia, y que son los atinentes al cumplimiento del principio de transparencia y selección objetiva señalados en el artículo 24 y en el derogado artículo 29 de la Ley 80 de 1993 (hoy artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018).

En ese orden de ideas, no se dan los presupuestos que bien advierte la Corte Suprema de Justicia:

“Esta ineficacia, ostenta tipicidad legal rígida, es de derecho estricto, presupone norma o texto expreso, claro e inequívoco (“cuando en este código se exprese”), aplica en los casos taxativos previstos por la ley, es

procedencia o improcedencia de la multa, no será considerada para efecto alguno como un acto administrativo.

68. EL INCISO QUINTO DEL NUMERAL 63.20.2 DE LA CLÁUSULA 63 DE LA MINUTA DEL CONTRATO – MULTAS (PÁGINA 203), QUEDARÁ ASÍ:

Una vez comunicadas al Concesionario las consideraciones de Aerocivil sobre la posible causación ~~procedencia o improcedencia~~ de la multa, éste podrá manifestar, dentro de los diez (10) días siguientes a la recepción de la comunicación, su desacuerdo con el contenido de la misma, que consistirá en la iniciación del procedimiento de Amigable Composición establecido en la CLÁUSULA 65 de este Contrato. Si dentro del plazo aquí estipulado, el Concesionario no cita al Amigable Componentor, se entenderá que está de acuerdo con las consideraciones de Aerocivil sobre la procedencia o improcedencia de la multa. En tal caso, las partes estarán en libertad de acudir a los métodos de solución de controversias previstos en el Contrato para dirimir la controversia relacionada con la causación de la multa.

69. EL INCISO PRIMERO DEL NUMERAL 63.22 DE LA CLÁUSULA 63 DE LA MINUTA DEL CONTRATO – MULTAS (PÁGINA 204), QUEDARÁ ASÍ:

Las multas serán pagadas por el Concesionario mediante una transferencia entre la Subcuenta Principal y la Subcuenta de Excedentes de Aerocivil, la cual será ordenada por Aerocivil a la Fiduciaria una vez exista una obligación de pago expresa y exigible por parte del Concesionario y a favor de Aerocivil, lo cual ocurrirá cuando el Concesionario reconozca la causación de una multa o cuando tal hecho sea declarado en la sede de solución de controversias a la que hubieren acudido las partes, a partir del momento en que el acto administrativo que declara la multa se encuentre ejecutoriado y en firme...”

¹⁵⁴ Al respecto ha señalado el Consejo de Estado:

“Por la naturaleza misma del objeto a contratar, los criterios de selección varían en cada proceso y dependen de una adecuada etapa de planeación que debe efectuar la entidad para adelantar el proceso de licitación pública o concurso de méritos, es decir, de la realización de unos apropiados estudios previos que aseguren la consagración de unos criterios de selección que le posibiliten a la entidad la certeza de que la propuesta a escoger garantizará el desarrollo del objeto contractual materia de la adjudicación en el proceso de selección. En este sentido se debe tener presente que la Jurisprudencia de la Sala ha señalado que cuando las estipulaciones contenidas en los pliegos de condiciones vulneran las prescripciones del artículo 24 de la Ley 80, las mismas pueden ser controladas judicialmente a través de las correspondientes acciones establecidas para impugnar los pliegos de condiciones, así como pueden también ser inaplicadas por el juez por la vía de ilegalidad o la ineficacia de pleno derecho...”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 9 de mayo de 2012. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

restringida, restrictiva, excepcional, excluye la analogía legis o iuris, aplicación e interpretación extensiva, no admite generalización ni extensión al regularse en normas imperativas, es drástica, per se e inmediata al acto, sin declaración judicial, aún cuando las controversias en torno a su procedencia, supuestos fácticos u ocurrencia o la solución de las situaciones jurídicas contrahechas al margen de la ineficacia la requieren...”¹⁵⁵

4. LA PROCEDENCIA DE LA MULTA A PARTIR DE LO REGLADO EN LA CLAUSULA 63 DEL CONTRATO. EL LAUDO DEL 24 DE AGOSTO DE 2015.

En desarrollo de lo anterior, el Tribunal analizará la procedencia de las multas según la aplicación del “procedimiento”¹⁵⁶ establecido por las partes en el contrato, a partir del pronunciamiento que sobre el mismo se realizó en el laudo del 24 de agosto de 2015¹⁵⁷ y que se procede a transcribir:

“3.6.2.4.1 Las multas se pactaron a título de apremio.

*La cláusula 63 que el Tribunal considera plenamente válida en cuanto a su naturaleza y el procedimiento allí señalado, debe analizarse a la luz de lo que fue pactado entre las partes, pero también bajo los parámetros del interés público que guían este tipo de contratos, en los que debe ser claro que las sanciones, independientemente de su destino presupuestal, **no constituyen una remuneración a la concedente, máxime en casos como el presente, en donde claramente se excluyó su valor indemnizatorio.***

*(...) El Tribunal reitera que tal como fue pactada la citada cláusula, no se encuentra frente a una facultad de imposición unilateral a cargo de la Entidad, lo que hace que el citado contrato esté exceptuado de lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007. En lo que al artículo 17 concierne, si resulta diciente que **el mismo concepto reconoce que la naturaleza de "apremio" de la cláusula 63 sigue los propósitos señalados por el estatuto de contratación pública.***

¹⁵⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 8 de septiembre de 2011. Magistrado Ponente: William Namén Vargas.

¹⁵⁶ Al respecto señaló el laudo del 27 de febrero de 2019 ya relacionado: “*Estima conveniente el Tribunal precisar que el denominado en la cláusula 63.20 del Contrato de Concesión 6000169OK de 2006 “Procedimiento para la imposición de multas”, expresión que emplea la Convocante en la pretensión primera de la demanda reformada, no es, según se desprende de dicha cláusula, un “procedimiento” en el sentido jurídico - formal de la palabra como lo sería un “procedimiento judicial o administrativo” o un “procedimiento sancionatorio”, sino que se trata de un simple mecanismo, trámite o manera de proceder a efectos de discutir entre las partes eventuales incumplimientos, con miras a establecer la posible causación de multas en favor de la entidad contratante, que, por tanto, no conduce indefectiblemente a la imposición de tales sanciones contractuales¹⁵⁶. En efecto, como allí se pactó, solamente en caso de acuerdo o de falta de objeción por parte del contratista, se desencadenaría la asunción de una multa. En caso contrario, las partes previeron la posibilidad de acudir a los métodos de solución de controversias también estipulados en el contrato, dentro de los cuales está el arbitraje.*”

¹⁵⁷ Laudo Arbitral de 24 de agosto de 2015 proferido en el trámite arbitral convocado por OPAIN contra AEROCIVIL (hoy ANI). Árbitros: Martha Cediél de Peña, quien lo presidió, William Barrera Muñoz y Alejandro Venegas Franco

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

A lo anterior debe agregarse que el contrato es enfático en destacar la naturaleza de apremio y en tal caso no procede su aplicación cuando al requerirse el cumplimiento, el Concesionario atiende el llamado que la Administración efectúa (...)

3.6.2.4.3 La posibilidad de subsanación del hecho generador de la multa.

En concordancia con lo que acaba de señalarse, si la finalidad que con las multas se persigue, es disuadir al contratista de una conducta contraria al contrato y apremiarlo para que supere la infracción en la que, en criterio de la Entidad, ha incurrido el Tribunal analizará los casos sometidos a su conocimiento considerando la conducta desplegada por el Concesionario, análisis en el que también ha considerado el concepto emitido por el Sala de Servicio y Consulta Civil, que en relación con este aspecto señala:

"... Son medidas disuasorias destinadas a superar la infracción de las obligaciones contractuales y, por tanto, su función principal es apremiar al contratista para que dé cumplimiento a las mismas, dado que cuando a un contratista se le aplica una multa por incurrir en mora en el cumplimiento de su obligación o por cumplirla defectuosamente, las reglas de la experiencia indican que al ejercerse este medio de presión adecuará su conducta a los términos del contrato para evitar que en lo sucesivo ello vuelva a ocurrir, con mayor razón cuando la infracción contractual reiterada y la consiguiente imposición de multas genera inhabilidad para contratar con el Estado..."

En ese orden de ideas, el Tribunal ha concluido que si la finalidad del apremio es la de disuadir al contratista y compelerlo a que acomode su conducta a los parámetros que en consideración de la Entidad, constituyen un incumplimiento de lo pactado, sería totalmente contrario a dicho objetivo, que se inicie o se anuncie el procedimiento de multas, cuando los hechos generadores de la misma ya han cesado.

En desarrollo de lo anterior considera el Tribunal que las multas cuyo procedimiento se inició una vez el contratista había superado los hechos constitutivos de las mismas, resultan inútiles e incoherentes frente a dicha finalidad.

Igual reflexión merecen aquellas donde los hechos generadores de las multas, fueron subsanados antes de culminar el procedimiento, esto es, antes de que el representante de la entidad estatal comunicara al Concesionario que habría lugar a su aplicación... (El subrayado fuera de texto)

5. PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCION.

Encuentra el Tribunal que los procedimientos que fueron iniciados por la Interventoría en aplicación del clausulado y anexos previstos en el Contrato y sus otrosíes, se realizaron en el caso de dos de las multas (Vigilancia y CUTE) que han sido puestas a

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

su consideración, cuando las causas que originaron las mismas ya habían sido subsanadas por el Concesionario. Por otra parte, los hechos que fundamentaron la relacionada con el sistema de CCTV ya habían sido subsanados con anterioridad a que la **ANI** emitiera su comunicación ratificando la decisión de la Interventoría sobre su aplicación.

En primer lugar, en el caso del indicador 10 “Vigilancia” del Otrosí No. 7, los hechos que generaron el retraso inculcado al contratista, esto es la no presencia de los 10 segways se dieron entre mayo y noviembre de 2017. Tal como fue manifestado por la propia interventoría para diciembre de ese año ya estaban operando 12 segways.

En efecto en el informe relativo a la verificación del OPEX realizada frente al otrosí No. 7 y suscrito por la interventoría el 22 de enero de 2018¹⁵⁸, dirigida a la Doctora MARÍA EUGENIA ARCILA ZULUAGA (Gerente de Proyectos Aeroportuarios) en la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y al Doctor MILTON CESAR SÁNCHEZ (Coordinador Grupo Interdisciplinario Otrosí 7) de la Oficina de Comercialización e Inversión de AEROCIVIL, se establece:

ESPACIO EN BLANCO CONTINUA IMAGEN EN LA SIGUIENTE PÁGINA

¹⁵⁸ Radicado No. 2018-409-006831-2

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI



IO-006-ANI-18
Página 10 de 10

Indicador 10.

Nombre del indicador: Vigilancia.

Meta: $\geq 100\%$

De conformidad con lo pactado los puestos convenidos son 106, y de acuerdo con la información suministrada por el concesionario, el indicador se cumplió, sobrepasando el 100% de lo pactado.

Ahora bien, revisando el Otrosí No 7, el concesionario debe garantizar la presencia de 10 Segway; sin embargo, en revisión conjunta de la Aerocivil y COA del 24 de noviembre de 2017 y de acuerdo con información del propio Director de Seguridad de OPAIN, NO se tenían los Segway desde el mes de Mayo hasta el mes de Noviembre inclusive. Para el mes de diciembre se evidenció la presencia de 12 segways.

Meta: $\geq 100\%$

Resultado indicador: 92,13%


El resultado del indicador es 92.13%, por lo tanto, **NO CUMPLE** con la meta pactada.

Indicador 11.

Nombre del indicador: Reversiones.

No aplica para el periodo.

Cordialmente,


SILVIA FERNÁNDEZ DE CASTRO ZARATE
Directora Interventoría Operativa
C.O.A.

Preparó: Equipo OPEX Interventoría Operativa
Revisó: SPGG
C.C. Archivo

Avenida El Dorado # 103 - 08 Entrada 1 Interior 5 * Tel: 354 58 65 E-mail: intercoa@incoplansa.com *
Bogotá – Colombia

Lo anterior quedó corroborado en las pruebas testimoniales rendidas ante el Tribunal:

- El Ingeniero TOMÁS ALFONSO ARAGÓN PALACIO señaló:

“DR. GUZMÁN: Sí ingeniero, me dio la respuesta a lo que yo quería saber, pero quisiera que me contara entonces, entiendo que los segway, la utilización de los equipos segway se suspendió por unos meses. Quisiera que me contara cuándo se reanudó, en primer lugar, y en segundo lugar, si actualmente se están utilizando o

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

actualmente ¿cómo están haciendo esa función de vigilancia hacia corredores de los puestos previstos en el otrosí número siete?

SR. ARAGÓN: **Sí, esto se reactivó, la operación de estos segway el 10 de diciembre, perdón, en diciembre del año 2017. De diciembre del 2017 hasta el día de hoy se han mantenido.** Obviamente hoy en día no tenemos pasajeros en el terminal, lamentablemente. Entonces, obviamente el recorrido es menor, están los equipos y están las personas, nosotros hemos mantenido a pesar de esta pandemia, toda la seguridad del aeropuerto El Dorado, es decir que contamos, no hemos hecho una disminución de personal.

*Entonces están todos los puestos hoy día cubiertos y es una infraestructura que tenemos que seguir cuidando por lo demás, pero, **para darle una respuesta concreta, en diciembre ya estaban, en diciembre del 2017 estaban operativos y esto ocurre en el mes de mayo o junio, y ese es el periodo que está sin estos aparatos, sin los aparatos, mas sí con los puestos haciendo la función de recorredores en el terminal con dos posiciones menos.** Eso es importante aclarar...”* (El subrayado fuera de texto)

- La abogada SANDRA PATRICIA GONZÁLEZ GONZÁLEZ, señaló:

“DR. BENAVIDES: Y la del segway, cumplió o no cumplió.

SRA. GONZÁLEZ: **Los segways en diciembre, en diciembre de ese mismo año 2017 ya los segways se encuentran funcionando, ya los llevaron al aeropuerto...**” (El subrayado fuera de texto)

Sin embargo el procedimiento sancionatorio fue iniciado por la interventoría Operativa, Ambiental y de Mantenimiento en una comunicación del 16 de abril de 2019 (IO-184-OP-19), lo que contradice los parámetros establecidos en el citado laudo frente a la naturaleza de apremio pactada por las partes en la cláusula 63 para las multas.

Al respecto señaló la abogada SANDRA PATRICIA GONZÁLEZ GONZÁLEZ en su testimonio:

“... DR. BENAVIDES: Es decir, la conminación de la interventoría fue útil para efecto del cumplimiento de OPAIN, en su opinión.

SRA. GONZÁLEZ: Doctor, yo necesito que me entienda una cosa. **El tema del incumplimiento de los indicadores se dio y ellos no lo pasaron y como no pasaron ese indicador es por eso que ellos llevan otra vez los segways al aeropuerto. Porque la multa, si usted se da cuenta, comienza, se inicia en el año 2019. Si usted se acuerda, la multa no se comenzó inmediatamente del 2017 porque se estaba trabajando un tema en el Tribunal de decidir cómo se iniciaba el procedimiento, si por la 1474 Artículo 86 o por la cláusula 63 del contrato de concesión...**” (El subrayado fuera de texto).

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

En ese orden de ideas reitera el Tribunal, como obra en laudos anteriores, que la iniciación del procedimiento de multa por parte de la Interventoría cuando los hechos que sirvieron como base para el mismo ya han cesado, hace que la aplicación de la multa sea totalmente improcedente, conforme al carácter de apremio que sobre ella fijaron las partes.

Igual reflexión cabe frente al procedimiento iniciado en lo referente al sistema CUTE. Obra en el expediente que los hechos sucedieron entre el 17 y el 18 de septiembre de 2019 y la comunicación de recomendación de aplicación de la multa se radicó por la interventoría Operativa, Ambiental y de Mantenimiento el 19 del mismo mes (Radicado 20191100462872), cuando las causas ya habían sido superadas. Así se lee incluso de la propia comunicación:

“SEXTO: El Concesionario vía wasap el día 17 de septiembre del corriente año a las 6:09 pm, reportó "Falla general del sistema Arinc Counters internacional. Tecnología informa que es falla de ARINC, ya que red ampliada informa si tienen internet. Aerolíneas informan línea telefónica de ARINC NO contestan"

SEPTIMO: A las 8:47pm nuevamente el DUTTY informa: "Empezamos a tener demoras en los vuelos internacionales de 10 a 15 aprox"

NOVENO: Por información recogida por el inspector de Interventoría se determinó que la falla también se estaba generando en el T2 desde las 19:00Horas (7:00pm)

DECIMO: En el T2, la contingencia fue atendida por el concesionario y el personal de ARINC hasta pasadas las 9:00pm.

DECIMOPRIMERO: El sistema quedó restablecido totalmente a las 2:16am según informe del **DUTTY "Equipos operando 100%..."**

En tal sentido señaló la abogada SANDRA PATRICIA GONZÁLEZ GONZÁLEZ:

“DR. BARRERA: Frente al segundo punto, doctora Sandra, el tema de la falla del sistema CUTE.

SRA. GONZÁLEZ: El sistema CUTE, qué me consta. Pues, el sistema CUTE... de operación el día 17 de septiembre pasadas las 6:00 de la tarde, y se activó pasada las 2:00 de la mañana..."

“DR. BENAVIDES: Usted notifica en el 2017, septiembre, sobre el inicio de la multa. Una vez usted notifica, cuando hacen una notificación posterior, sea en octubre, en noviembre, enero del año siguiente, ¿OPAIN ya estaba cumpliendo con los tres indicadores?

SRA. GONZÁLEZ: Es que, sí, si me pregunta sobre las multas de CCTV y la multa de CUTE sí, ya después ellos están cumpliendo cuando hacemos después la visita para verificar..."

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Por su parte, y en lo referente al sistema CCTV, si bien es cierto la interventoría radicó la solicitud de iniciación del procedimiento con anterioridad a que la situación fáctica quedara subsanada (un día antes), el pronunciamiento de la Agencia Nacional de Infraestructura se hizo con posterioridad a dicha circunstancia, lo que hace que la finalidad en la iniciación del procedimiento haya quedado satisfecha, no siendo procedente su aplicación en sede de este Tribunal por iguales razones a las ya establecidas en el laudo del 24 de agosto de 2015.

En efecto, los hechos que motivaron la iniciación del procedimiento obedecieron a la falla del sistema de monitoreo y vigilancia por medio de un circuito cerrado de televisión que permite de manera inmediata por medio de las cámaras del sistema, detectar cualquier actividad que atente contra la seguridad de la infraestructura aeroportuaria en especial la del Nuevo Terminal de Carga – NTC, entre el día 4 de octubre al 29 de octubre de 2019.

La interventoría a través del oficio No. IO-548-OP-19, radicó el 28 de octubre ante **OPAIN** la solicitud de procedimiento de multa. Por su parte, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** emitió su pronunciamiento el día 27 de noviembre de 2019 según radicado 2019-309-040990-1. Es decir, cuando se realizó el pronunciamiento de la Entidad, esto es el día 27 de noviembre de 2019, los hechos que sirvieron de fundamento para la iniciación del procedimiento ya habían cesado desde el 29 de octubre del mismo año.

Así quedó corroborado en el testimonio rendido por el Ingeniero Wilson Fabián Ramos Acosta:

“DR. BARRERA: Y, frente al sistema CCTV.

SR. RAMOS: Sí, el sistema CCTV de carga, es un sistema que lleva, implementado desde el 2010, es un sistema que le permite efectivamente a la gente de seguridad tener dentro de su centro de control un... o una pared llena de pantallas, son alrededor de 16 pantallas, donde se proyecta la imagen de 213 cámaras que tenemos nosotros en el aeropuerto.

Esas cámaras también tienen que tener grabación, de acuerdo al RAD ciento..., ah, perdón, se me olvidó el número del rad, pero bueno, porque tengo confundido el 160 que me lo estoy estudiando ahora, entonces ese sistema que le hicimos la última modificación en el 2017, actualización, es un sistema que tenía pues obviamente la finalidad hacer, permitirles a los agentes de seguridad pues la visualización de las cámaras.

Nosotros a partir del 4 de octubre empezamos a tener algunas incidencias en las que algunas veces no se proyectaba correctamente o se ponían en negro las pantallas de este centro de control, o teníamos intermitencias con las grabaciones o alguna de esas cámaras efectivamente no se sincronizaban con la pantalla con la que se estaba visualizando en ese centro de control; y, lo que hicimos fue muchas acciones durante este período en el sentido de que, pues obviamente a nosotros, en cualquier momento en que sucede un problema, es

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

decir, se apaga una pantalla, nosotros recibimos un ticket y nosotros tenemos unos tiempos de atención pues que necesitamos atender.

Como eso es un sistema que obviamente es de seguridad, nosotros en menos de horas atendemos estas incidencias, visitamos, corregimos. Lo que pasó aquí fue que sucedió una serie de hechos durante varios días en las que efectivamente un día se desaparecieron unas cámaras, hacíamos la conexión, la reconexión nuevamente de esas cámaras, funcionaba bien por un par de días, volvían y se desconectaban o dejaban de grabar.

Nosotros estuvimos trabajando en varias oportunidades con el mismo fabricante, inclusive el fabricante que era americano pues no nos dio la respuesta adecuada que nosotros necesitábamos, de hecho, se demoraba, era un ticket que se podía demorar dos días en recibir una respuesta, de hecho, el proveedor aquí que hace el soporte de esa tecnología nos pidió sacar uno de los servidores para podérselos llevar a su laboratorio y hacer la reconfiguración, nosotros independientes que hacíamos esas cosas, siempre mantuvimos cámaras que se podían visualizar en el centro de control con algunas intermitencias sí, pero también teníamos un plan de back up y era que aunque no se veía en el wall en esta pared completa de todas las cámaras, también el operador tenía la posibilidad de ver las cámaras o administrarlas a través de un sistema de web, ya, entonces hay un plan de contingencia ahí.

No es el más efectivo efectivamente porque le tocaría ir revisando cámara por cámara que, es diferente cuando usted la tiene en un... que puede ver las 120 cámaras simultáneamente.

*A pesar de que esto se trató, se solucionaba, volvía y presentaba un problema de red, volvía y se solucionaba, ya como alrededor del 25 de octubre que estuvo otra vez en sitio el fabricante, el proveedor, estuvieron tres días tratando de solucionar el problema, nosotros ya tomamos la decisión y dijimos, sabe qué, estos sistemas de estos señores no tienen ni idea de cómo están, han hecho 10 mil reconfiguraciones, así que decidimos optar por cambiar completamente el sistema, **nosotros teníamos, empezamos días antes obviamente a validar qué otro sistema podíamos colocar, implementamos una nueva solución y el 27, 28 hicimos todo este cambio así que el 29 ya teníamos otra vez un nuevo servidor, un nuevo sistema funcionando con toda la grabación, con toda la visualización y pues ya desde esa fecha proporcionamos obviamente el servicio...**” (El subrayado fuera de texto).*

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal negará las pretensiones de la demanda de reconvención.

En relación con las excepciones de fondo es evidente que por su contenido fáctico, al tratarse de hechos nuevos que frente a las pretensiones se invocan por la Convocada con el propósito de enervarla total o parcialmente, ya de manera temporal o definitiva, su examen está condicionado al cumplimiento por el demandante de la carga de probar los hechos de los cuales surge la admisibilidad y fundabilidad de sus pretensiones. Desde luego que la sentencia, como el Laudo, han de proveer sobre las pretensiones

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

y los hechos de la demanda, y sobre las excepciones, cuando haya lugar a resolver sobre ellas.

En este orden de ideas, al denegar por las razones antes mencionadas, la totalidad de las pretensiones de la demanda de reconvención, no resulta necesario abordar el estudio de las excepciones de fondo propuestas, diferente a lo ocurrido en relación con la demanda inicial en la medida que algunas de las pretensiones de la demanda prosperaron parcialmente.

IV. EL COMPORTAMIENTO PROCESAL DE LAS PARTES.

El artículo 280 del Código General del Proceso establece que en la sentencia que ponga fin a la controversia, se habrá de calificar la conducta procesal de las partes y si fuere el caso deducir indicios de ella.

Para dar cumplimiento a dicha disposición, el Tribunal alude al comportamiento en las acciones desplegadas y para ello estima necesario recapitular determinaciones respecto de algunos aspectos del proceso en los cuales hubo criterios opuestos, deliberación y determinaciones del Tribunal. En diferentes apartes del laudo se ha hecho mención a tales asuntos lo que no impide que puedan, de nuevo, hacerse observaciones orientadas a la identificación de concreciones para los efectos del mencionado artículo del Código General del Proceso y a partir de la descripción atrás hecha demostrativa de la sujeción al debido proceso y de las garantías procesales, el Tribunal no deduce indicio en algún sentido para las partes.

V. EL JURAMENTO ESTIMATORIO.

Pronunciamiento sobre el juramento estimatorio contenida en la contestación de la demanda.

“Sobre este punto, esta Agencia se permite manifestar lo siguiente:

En primer lugar, cabe recordar que conformidad con lo previsto en el Artículo 82 numeral 7º del Código General del Proceso, en concordancia con lo preceptuado por el Artículo 206 Ibidem, es requisito de la demanda formular el correspondiente juramento estimatorio cuando quiera que en ella se solicita el reconocimiento de una indemnización, una compensación o el pago de frutos y mejoras; juramento que consiste en la estimación concreta, detallada y razonada de la cifra que se pretende o del beneficio económico al que se aspira.

En ese orden, el Artículo 206 del C.G.P., establece lo siguiente:

*“(…) **ARTÍCULO 206. JURAMENTO ESTIMATORIO.** Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o*

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

(...)

PARÁGRAFO. *<Parágrafo modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.*

La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte. (...) (Se subraya y resalta).

*En ese orden y dado que para la ANI estamos ante un escenario en el que el la controversia objeto de debate en el presente trámite en relación con el 4% de los Ingresos Regulados y no Regulados, así como respecto de la Cláusula 24 del fue ventilada en el marco de los procesos arbitrales culminados mediante los laudos anteriores al presente trámite, configurando de tal manera fenómeno jurídico denominado **cosa juzgada material**, y dado que para esta Agencia no existe duda que el 4% de los ingresos no puede considerarse parte de la remuneración de OPAIN* teniendo en cuenta que, tal como se ha indicado en reiteradas ocasiones, la Cláusula 24 prevé que, ante la extensión de la Etapa de Modernización y Expansión por cualquier causa, imputable o no al concesionario, “(...) el cuatro por ciento (4%) de los ingresos regulados y los ingresos no regulados, no hará parte de la remuneración del concesionario, y serán depositados directa y definitivamente en la Subcuenta de Excedentes de la Aerocivil. (...)”. (Se resalta), se insiste en que conforme a lo planteado contractualmente y lo definido en los Laudos Arbitrales citados en el presente documento, **el 4% causado por OPAIN no es parte de la remuneración**, por tal razón consideramos que no existe fundamento para la demanda y su cuantía, para la ANI es dicho presupuesto no es configurativo de un supuesto daño y perjuicio antijurídico que se debe reparar o compensar a **OPAIN**.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

*Por lo anterior, y sin perjuicio de la prosperidad de la excepción denominada “**INEXISTENCIA DEL APARENTE DAÑO Y PERJUICIOS ALEGADOS POR OPAIN**” planteada en el acápite correspondiente, se solicita al Tribunal evaluar lo contemplado en el **PARÁGRAFO** del Artículo 206 del C.G.P. previamente citado, de ser acogidas las excepciones y argumentos de defensa de la ANI que conlleven a denegar las pretensiones de la demanda”.*

En lo que corresponde al juramento estimatorio, pone de presente el Tribunal que debido a que no prosperaron la totalidad de las pretensiones de la demanda, no hay lugar a imponer la sanción establecida en el parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso, en contra de la parte Convocante, toda vez que para este panel arbitral, la misma sólo procede en aquellos casos en los que las pretensiones de la demanda hayan sido denegadas por ausencia de demostración de los perjuicios reclamados y cuando esta imputación corresponda al actuar negligente o temerario de la parte, lo cual no se da en el presente trámite arbitral, pues la denegación de algunas de las súplicas corresponde al análisis de fondo hecho por este Tribunal de Justicia, tal como quedó expuesto en este laudo arbitral.

VI. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.

El Código General del Proceso en el artículo 365 numeral 5º dispone:

“En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.”

Teniendo en cuenta lo anterior, y en la medida que no prosperaron la totalidad de las pretensiones contenidas en la demanda inicial ni las propuestas en la demanda de reconvencción, el Tribunal considera que en el presente caso no hay lugar a imponer costas a ninguna de las Partes.

PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, este Tribunal Arbitral convocado para dirimir en derecho las controversias surgidas entre la **SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL OPAIN S.A.**, como Convocante y demandante, y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, como parte Convocada y Demandada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley y con el voto mayoritario de sus miembros.

RESUELVE

PRIMERO: Denegar la tacha formulada por la parte Convocada respecto del testimonio de la señora MARÍA ISABEL PATIÑO OSORIO.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

SEGUNDO: Denegar las excepciones denominadas “*1.de la falta de competencia del tribunal arbitral para conocer del presente asunto;* 1.1. *por configurarse cosa juzgada en el presente caso.* y “Excepción de indebida integración del litisconsorcio por no haberse solicitado vincular a otras personas que la ley dispone citar y/o no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios – (LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL AERONÁUTICA CIVIL – UAE AEROCIVIL”.

TERCERO: Declarar probada la excepción denominada “Inexistencia de obligaciones de *“autoridad aeronáutica aeroportuaria y de la aviación civil”*, en cabeza de la ANI – las cuales son competencia de la AEROCIVIL.

CUARTO: Declarar la prosperidad parcial de las pretensiones primera y segunda de la demanda principal, en los términos dispuestos en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Denegar la pretensión tercera de la demanda principal, por las razones indicadas en las consideraciones del presente laudo.

SEXTO: Declarar probadas las excepciones denominadas “*Inexistencia del Aparente Daño y Perjuicios alegados por OPAIN*”, “*El riesgo económico derivado de los efectos desfavorables de cualquier retraso en la ejecución de las obras de modernización y expansión se encuentra a cargo de OPAIN*” y “*El 4% no hace parte de la retribución de OPAIN de conformidad con lo pactado en el Contrato y según lo señalado por el juez del contrato.*”

SÉPTIMO: Declarar no probadas las demás excepciones propuestas por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** respecto de la demanda inicial.

OCTAVO: Declarar la prosperidad parcial de la pretensión cuarta de la demanda inicial, en los términos establecidos en la parte motiva de este laudo.

NOVENO: Denegar las pretensiones cuarta subsidiaria, quinta y su subsidiaria, sexta, séptima, octava y su subsidiaria, novena y su subsidiaria, décima y undécima. En relación con la pretensión décima segunda esta se entiende resuelta en la parte relativa a las costas del proceso.

DÉCIMO: Denegar la totalidad de las pretensiones de la demanda de reconvencción presentada por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, por las razones indicadas en la parte motiva de ésta providencia.

DÉCIMO PRIMERO: Sin costas y sin lugar a la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, por lo expuesto en la parte motiva.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

DÉCIMO SEGUNDO: Declarar causado el cincuenta por ciento (50%) restante de los honorarios establecidos y el IVA correspondiente de los Árbitros y el Secretario por lo que se ordena realizar el pago del saldo en poder del Presidente del Tribunal, quien procederá a rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos de funcionamiento del Tribunal. La Convocante entregará a los Árbitros y al Secretario los certificados de las retenciones realizadas individualmente a nombre de cada uno de ellos.

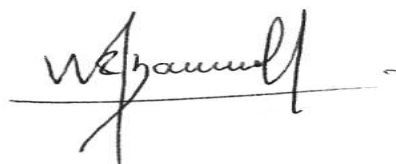
DÉCIMO TERCERO: Ordenar el pago de la contribución arbitral a cargo de los Árbitros y el Secretario, para lo cual, el Presidente hará las deducciones y libraré las comunicaciones respectivas.

DÉCIMO CUARTO: Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público, con las constancias establecidas en la ley.

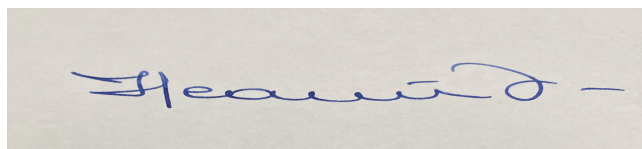
DÉCIMO QUINTO: Ordenar el archivo del expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en la oportunidad procesal correspondiente.

Notifíquese y Cúmplase.

Dado en Bogotá D. C., a los 23 días del mes de marzo de 2021.



WILLIAM BARRERA MUÑOZ
Presidente



ILEANA MARLITT MELO SALCEDO.
Ábitro

Con salvamento parcial y aclaración parcial de voto



JOSÉ VICENTE GUZMÁN ESCOBAR
Ábitro

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL.
OPAIN S.A. VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Q 177 E

CARLOS MAYORCA ESCOBAR
Secretario